

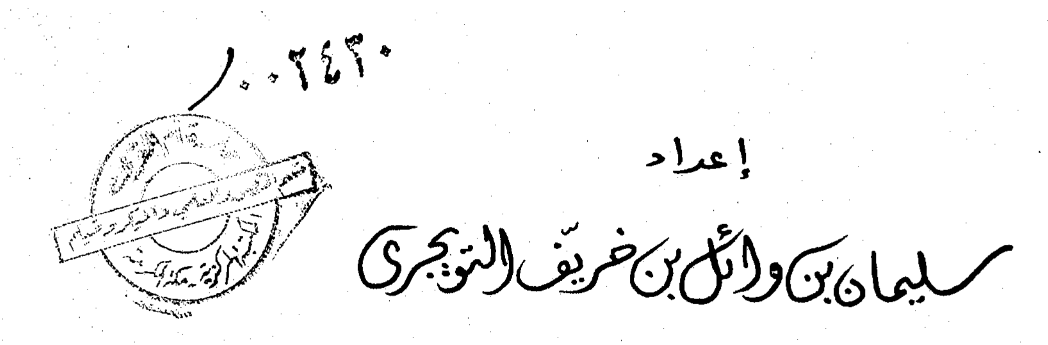
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول



حق الارتفاق

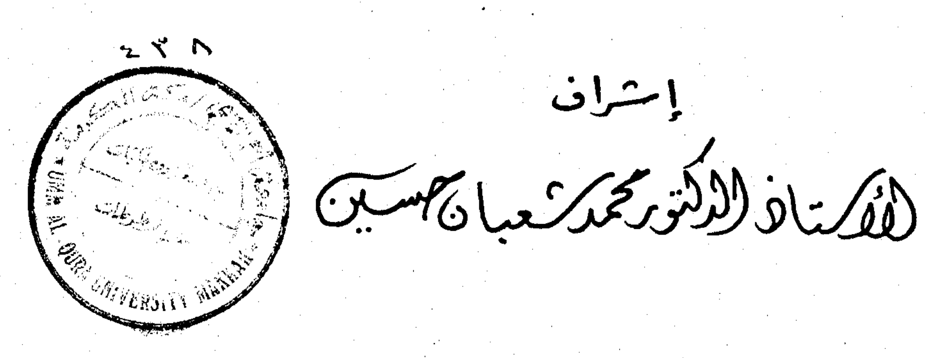
دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه والأصول



إعداد

سليمان بن وائل بن خريف التويجري



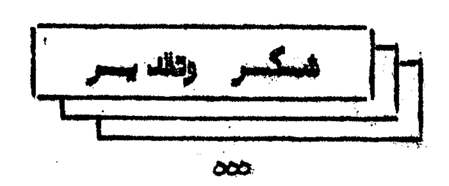
إشراف

الأستاذ الدكتور محمد شعبان حسين

١٤٠١ - ١٤٠٢هـ

١٩٨١ - ١٩٨٢م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ



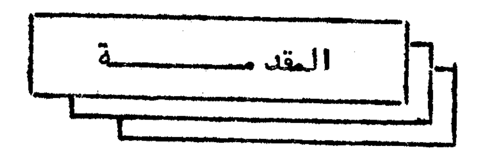
أحمد الله على نعمه التي لاتحصى وأعظمها نعمة الاسلام ، وأشكره على ماتمتع به من الصحة والعافية ، وما امتن به من الأمن والرخاء ، وماوفق اليه من اتمام هذه الرسالة ، سائلا اياه أن يجعلها خالصة صالحة .

ثم انى أتوجه بأخلص التقدير والعرفان بالجميل الى حكومتنا الرشيدة ممثلة فى مؤسساتها العلمية وعلى رأسها جامعة أم القرى على ماتقدمه من أسباب ووسائل تساعد على البحث والتحصيل نشرا للاسلام وخدمة للعلم والمعرفة .

ولأستاذى الكريم وشيخى الفاضل الأستاذ الدكتور **محمد شعبان حسين** خالص الشكر وعظيم الامتنان لقاء مابذل فى الاشراف على هذه الرسالة من جهد وماتفضل به من توجيه ونصح فجزاه الله عنى خير الجزاء وأصلح له فى عقبه وجعل له لسان صدق فى الآخرين .

كما أتقدم بجزيل الشكر ووافر التقدير لاستاذى الدكتور **محمد مصطفى الزحيلى** لما بذل فى الاشراف على هذه الرسالة فى مرحلة من مراحلها من جهد وما أوصى به من الدقة والتحرى فى كل عمل .

والى كل من كان له فضل فى انجاز هذه الرسالة الشكر والتقدير .



المقدمـــــة

الحمد لله الحق يحق الحق ويبطل الباطل ولو كره المجرمون ، وعد من اتبع الحق بالجنة (وحسنت مرتفقا) (١) وتوعد من حاد عنه بالنار (وساءت مرتفقا) (٢) ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين هاديا ومبشرا ونذيرا وداعيا الى الله باذنه وسراجا منيرا ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه الى يوم الدين وسلم تسليما كثيرا .

أما بعد : فان الله سبحانه قد خلق الخلق فأبدع صنعه وشرع له من النظم مايحكم توازنه ويصلح حاله ويجنبه الاضطراب والفوضى فقد نزل على سيد البشرية وخاتم المرسلين أحكام من حكيم فى صنعه وتدبيره عليم بما كان وما سيكون (ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون) (٣) ، فجاءت أحكام الله مناسبة لكل الأزمان فى كل مكان منظمة لأمر جميع بنى الانسان على اختلاف طباعهم وميولهم وطرق حياتهم فكان فى هذا النظام الالهى مايغنى عن وضع القوانين والانظمة التى هى من صنع بشر محدود القدرة والحكمة والعلم (أفغير الله أبتغى حكما وهو الذى أنزل اليكم الكتاب مفصلا) (٤) ، فشملت الاحكام الالهية كل مايحتاجه البشر فى أمر دينهم ودنياهم فوضحت الحقوق والواجبات اذ بينت حقوق الله على عباده من اخلاص التوحيد وصحة العبادة

---

(١) سورة الكهف آية (٣١) .
(٢) سورة الكهف آية (٢٩) .
(٣) سورة المائدة آية (٥٠) .
(٤) سورة الانعام آية (١١٤) .

تفضل به عليهم

وحقوق العباد على الله ما أعد لهم من الجزاء ، وفصلت حقوق العباد على العباد ، فنظمت علاقات الناس بعضهم ببعض بما شرعت من نكاح وطلاق وميراث ونحو ذلك ، ووضعت حدا لمن أراد العبث والفساد فى الارض ، وبينت كيفية التعامل تعاملا سليما لا ظلم فيه ولا اجحاف بما شرعت من عقود المعاملات فجاءت شريعة الله وافية ومحققة لجميع الحقوق ومنها (حق الارتفاق) وقد اخترت أن يكون هذا موضوع بحث للحصول على درجة الدكتوراه للأمور التالية :

١ - ان هذا النوع من الحقوق من الموضوعات الحيوية المهمة التى يحتاج اليها الناس كثيرا فى أمور معاشهم ومعاملاتهم ، فقد يحتاج الانسان الى أن يجعل لعقاره ارتفاقا بعقار غيره كأن يجعل لأرضه شربا من نهر أو عين أو بئر لغيره ، أو يجرى لها مجرى عبر أرض جاره أو يصرف مياهها فيما حوله من مصرف عام أو خاص ، كما أن حاجته الى المرور ليصل الى ملكه قائمة دائما ، وقد يحتاج الى الانتفاع بملك جاره من غرز خشبه فى جداره ونحو ذلك كما أن على جاره أن يكف عن استعمال ملكه فيما ينتج عنه أضرار تؤذى جيرانه ، لذا كان لابد من بسط أحكام حق الارتفاق ليسهل الرجوع اليها عند الحاجة للتعرف عليها .

٢ - ان أحكام هذا الموضوع متفرقة فى عدد من أبواب الفقه وكان بحث الفقهاء لبعض مسائله مجرد تنبيه أو اشارة فكان لابد من توضيح مسائله وجمعها وترتيبها ترتيبا متناسقا وجليا .

٣ - ان أحكام حق الارتفاق لم تدرس - فيما أعلم - دراسة مستقلة مفصلة تقارن بين آراء العلماء وتوفق بينها وترجح مايعضده الدليل منها .

فالعلماء الأقدمون - رحمهم الله - على اختلاف مذاهبهم قد بحثوا مسائل هذا الموضوع فكان لهم بذلك الفضل الخالد والعمل الصالح الذى بقى بعدهم ذكرا حسنا لهم فى الآخرين جزاهم الله عن الاسلام والمسلمين خير الجزاء . فهذا الجهد العظيم والعمل الجليل بحاجة الى صياغة فى ثوب جديد يضم جميع الاقوال ويقارن بينها ويناقش أدلتها ويرجح مايعضده الدليل منها . فهذا الموضوع موضوع بكر جدير بالبحث والدراسة والتمحيص .

٤ - وجود صور من حق الارتفاق مستحدثة كالحد من ارتفاع المبانى القريبة من المطارات والمنع من فتح النوافذ على منازل الجيران بخلاف ماتساهل به الناس اليوم ، والمنع من احداث بعض الحرف والصناعات الحديثة التى تحدث أضرارا بما جاورها فكان لابد من دراسة هذه الصور وارجاعها الى أصولها وبيان حكم الشرع فيها .

لهذه الأمور مجتمعة عقدت العزم على دراسة هذا الموضوع دراسة تفصيلية أبين فى كل جزئية منه آراء العلماء وأدلتهم وأقارن بينها وأرجح مايدعمه الدليل منها وأجيب عن أدلة الرأى المرجوح مستمدا قول كل امام من كتب مذهبه - ما أمكن - محاولا الاطلاع على أكبر قدر ممكن من أمهات المراجع فيه ، حتى أصل الى درجة أطمئن بها الى قول الامام فى المسألة ، ذلك انه قد يكون له فى المسألة قولان أو أكثر ويقتصر بعض المراجع على ذكر أحدها ، فاذا بحثت فى عدد من المراجع الاخرى عثرت على بقية الأقوال ، وقد يكون بعض المراجع مدللا للمسألة والآخر ليس كذلك ، كما أن

بعض الكتب يشير الى المسألة بضرب مثال ونحو ذلك وبعضها يعرف حكم المسألة فيه من لازم الكلام فى غيرها . فدفعنى ذلك الى أن أطلع فى كل جزئية على مجموعة من كتب كل مذهب لأخلص من ذلك بنتيجة واضحة لكل ماقيل فيها . وقد حاولت جمع الصور المختلف فيها وارجاعها الى الخلاف فى أصولها فاكتفى احيانا بذكر الخلاف فى أصول المسائل وأهمل ذكر الصور لأن ذكرها يطول والخلاف فيها مبنى على الخلاف فى أصلها وتوفر الشروط التى يشترطها كل فريق فيها ، وأحيانا أذكر بعض الخلاف فى الصور اذا كان لذكره مزيد فائدة.

ويتكون مخطط هذه الرسالة من تمهيد وقسمين يشتمل القسم الاول على ثلاثة أبواب والقسم الثانى على ستة أبواب وهى كالتالى :

التمهيد : فى تعريف الحق ونبذة عن تقسيماته .

القسم الاول : فى تعريف حق الارتفاق وأنواعه وأسباب انشائه .

ويشتمل على ثلاثة أبواب :

الباب الاول : فى تعريف حق الارتفاق وحكمه والحكمة من مشروعيته .
الباب الثانى : فى انواع حق الارتفاق .
الباب الثالث : فى أسباب انشاء حق الارتفاق .
القسم الثانى : فى أحكام حق الارتفاق وأسباب انتهائه.

ويشتمل على ستة أبواب :

الباب الاول : فى أحكام حق الشرب .

الباب الثانى : فى أحكام حق المجرى.

الباب الثالث : فى أحكام حق المسيل.

الباب الرابع : فى أحكام حق المرور.

الباب الخامس : فى أحكام حق الجوار .

الباب السادس : فى أسباب انتهاء حق الارتفاق .

وهذه الرسالة ماهى الا استخلاص لما قاله العلماء الاجلاء بذلت جهدى فى صياغته بقالب جديد ، حيث جمعت المسائل وبينت أقوال العلماء فيها وأدلتهم وقارنت بينها ، ورجحت مايؤيده الدليل منها حسبما ظهر لى ، فما كان صوابا فمن الله ، وما كان خطأ فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه براء . سبحانك لاعلم لنا الا ماعلمتنا انك أنت العليم الحكيم ، وماتوفيقى الا بالله ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.،،

((الفهـــــرس))

الموضـــــوع	الصفحـة
شكر وتقدير	ب
المقدمـــة	جـ
الفهـــرس	ح
التمهيد : في تعريف الحق وبيان تقسيماته	١
اولا : تعريف الحق لغة وشرعا	٢
تعريف الحق لغة	٢
تعريف الحق عند متقدمي الفقهاء	٥
استعمالات الفقهاء لكلمة الحق	٧
تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين	٩
مصدر الحق والحكمة من مشروعيته	١٢
ثانيا : أقسام الحـــق	١٥
التقسيم الاول باعتبار صاحب الحق	١٥
اولا : حق الله تعالى	١٦
ثانيا : حق العبد الخالص	٢١
ثالثا : ما اشترك فيه حق الله وحق العبد	٢٣
الاثار المترتبة على حقوق الله وحقوق العباد	٢٤
مكانة حق الارتفاق من هذا التقسيم	٢٦
التقسيم الثاني باعتبار محل الحق	٢٧
اولا : الحق المتقـــرر	٢٧
ثانيا : الحق المجـرد	٢٨
مكانة حق الارتفاق من هذا التقسيم	٢٨
التقسيم الثالث : باعتبار علاقة الحق البارزة بمحله	٢٩
اولا : الحق المتعلق بالعين	٢٩
ثانيا : الحق الثابت في الذمة	٣٠
مكانة حق الارتفاق من هذا التقسيم	٣١

الموضـــوع | الصفحـة

القسم الاول

فى تعريف حق الارتفاق وأنواعه وأسباب انشائه

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

القسم الثانى

فى أحكام حق الارتفاق وأسباب انتهائه

الموضـــوع | الصفحة

الموضـــــــوع	الصفحة

الموضـــــوع | الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـــــوع | الصفحـــة

—•—

التمهيد

في تعريف الحق وبيان تقسيماته

التمهيد

في تعريف الحق وبيان تقسيماته

—•—

((تمهيـــد))

لما كان الارتفاق أحد الحقوق ، كان من المناسب أن نمهد له بتعريف الحق ونبذة عن تقسيماته فنقول :

تعريف الحــق

الحق لغـة : مصدر حق الامر يَحِقّ ويَحُقّ حقا وحقوقا من بابـي ضرب وقتل . صار حقا وثبت . قال الازهرى (١) : معناه وجب وجوبا (٢). ومن ذلك قوله تعالى (لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون) (٣) أى وجب ، وقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقيـــن) (٤) أى ثابتا وواجبا عليهم . وقال الراغب الأصفهانى (٥) : أصل الحق المطابقة

---

(١) الازهرى : هو ابومنصور محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهرى الهروى ، ولد فى مدينة هراة بخراسان سنة ٢٨٢ هـ ، وتوفى بنفس المدينــة سنة ٣٧٠ هـ .
كان ابومنصور فقيها شافعى المذهب. غلبت عليه اللغة فاشتهر بهـا وكان متفقا على فضله وثقته ودرايته وورعه . له كتاب الزاهر فى غريب ألفاظ الشافعى . انظر : طبقـات الشافعية لابن هداية ص ٩٤ ، شذرات الذهب جـ ٣ ص ٧٢ ، معجم الادباء جـ ١٧ ص ١٦٤ .

(٢) مادة حق ، القاموس المحيط جـ ٣ ص ٢٢١ ، لسان العرب جـ ١٠ ص ٤٩ ، مختار الصحاح ص ٣٤٢ ، المصباح المنير جـ ١ ص ١٥٦ .

(٣) سورة يس آية رقم (٧) .

(٤) سورة البقرة آية رقم (٢٤١) .

(٥) الراغب الاصفهانى : هو أبوالقاسم حسين بن محمد بن المفضل توفـى سنة ٥٠٢ هـ . له عدة مؤلفات منها المفردات فى غريب القرآن لا نظيـر لها فى معناها . وله التفسير الكبير والذريعة فى أسرار الشريعة وغيرها . بغية الوعاة جـ ٢ ص ٢٩٧ ، كشف الظنون ص ٣٦ ، ١٣١ ، البلغـة فى تاريخ أئمة اللغة ص ٦٩ .

والموافقة[1] .

وتطلق كلمة الحق في لغة العرب على معان عدة . قال في القاموس المحيط : " الحق من أسماء الله تعالى أو من صفاته . والقرآن . وضد الباطل . والأمر المقضى . والعدل . والاسلام . والمال . والملك . والموجود الثابت . والصدق . والموت . والحزم . وواحد الحقوق[2] .

وفصل بعض ذلك الراغب الاصفهاني[3] فقال : كلمة حق تطلق على معان منها :

١ - موجد الشيء بسبب ماتقتضيه الحكمة . ولهذا قيل في الله سبحانه وتعالى : هو الحق . قال تعالى : (ثم ردوا الى الله مولاهم الحق)[4].

٢ - الشيء الموجَد بحسب مقتضى الحكمة . ولهذا يقال : فعل الله كله حق . ومنه قوله تعالى (هو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نورا ....) الى قوله : (ما خلق الله ذلك الا بالحق)[5] . أي لاعبثا . وقوله تعالى : (ويستنبئونك أحق هو . قل اي وربي انه لحق)[6] أي لا شك فيه .

٣ - الاعتقاد للشيء المطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه كقولنا : اعتقاد فلان في البعث والثواب والجنة والنار حق ومنه قوله تعالى (فهدى الله الذين آمنوا لما اختلفوا فيه من الحق)[7] .

---

(١) المفردات في غريب القرآن ص ١٢٥ .
(٢) مادة حق في القاموس المحيط جـ ٣ ص ٢٢١ . وانظر لسان العرب جـ ١٠ ، ص ٤٩ - ٥٨ .
(٣) المفردات في غريب القرآن ص ١٢٥ .
(٤) سورة الأنعام آية رقم (٦٢) .
(٥) سورة يونس آية رقم (٥) .
(٦) سورة يونس آية رقم (٥٣) .
(٧) سورة البقرة آية رقم (٢١٣) .

٤ - وتطلق على الفعل والقول الواقع بحسب مايجب وبقدر مايجب وفى الوقت الذى يجب كقولنا فعلك حق وقولك حق ومنه قوله تعالى (كذلك حقت كلمة ربك)(١) وقوله تعالى (ليحق الحق)(٢) .

٥ - وتطلق على النصيب كقوله صلى الله عليه وسلم (ان الله اعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث)(٣) أى كل صاحب نصيب نصيبه .

٦ - وتطلق كلمة الحق أيضا على ضد الباطل ومنه قوله تعالى (قل جاء الحق وزهق الباطل)(٤) .

٧ - وتطلق أيضا على الحكم أو القرآن كقوله تعالى (ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السموات والارض ومن فيهن)(٥) . على الخلاف فى المراد بالحق هل هو الحكم أو القرآن(٦) الى غير ذلك من المعانى التى تعود فى جملتها الى معنى واحد هو الثبوت والوجوب .

---

(١) سورة غافر آية رقم (٦) .
(٢) سورة الانفال آية رقم (٨) ، ذكر المعانى الاربعة السابقة الراغب الاصفهانى فى كتابه المفردات فى غريب القرآن ص ١٢٥ .
(٣) الحديث روى عن الصحابى أبى امامة الباهلى . رواه أحمد والاربعة الا النسائى وحسنه احمد والترمذى ، جامع الترمذى جـ ٣ ص ١٩٠ ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ١٥٥ الحديث رقم ٢٨٧٠ ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٩٠٥ رقم الحديث ٢٧١٣ .
(٤) سورة الاسراء آية رقم (٨١) .
(٥) سورة المؤمنون آية رقم (٧١) .
(٦) لسان العرب جـ ١٠ ص ٥١ - ٥٨ ، القاموس المحيط جـ ٣ ص ٢٢١ .

تعريف الحق عند متقدمي الفقهاء :

لم أعثر لمتقدمي الفقهاء على تعريف للحق بمعناه العام فى الشرع ولعل السبب فى عدم اهتمامهم بتعريفه شرعا : ان الشارع لم يحدث له تعريفا غير تعريفه اللغوى كما حصل فى الصلاة ونحوها .

وقد حاول بعضهم أن يعرفه بتعريفات لم تخرج عن المعنى اللغوى . كما انها لاتخلو من المآخذ منها :

١ - مانقله ابن نجيم (١) عن البناية حيث عرف الحق بقوله : " الحق : مايستحقه الرجل " (٢) .

ويؤخذ على هذا التعريف انه يلزم منه الدور وبيان ذلك ان معرفة الاستحقاق الوارد ذكره فى التعريف متوقفة على معرفة الحق . والحق متوقفة معرفته على معرفة الاستحقاق . فلزم الدور والدور عيب فى التعريف .

كما انه غير جامع لعدم دخول حق الله فيه ،

---

(١) ابن نجيم : هو العلامة زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم الحنفى ، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦ هـ ، اشتغل بالعلم من أول حياته وله عدة مؤلفات منها الاشباه والنظائر والبحر الرائق شرح كنز الدقائق على مذهب أبى حنيفة . توفى سنة ٩٧٠ هـ . كان عالما ضليعا فقيها محققا واصوليا مدققا تشهد كتبه الفتح المبين جـ ٣ ص ٧٨ ، شذرات الذهب جـ ٨ ص ٣٥٨ ، التعليقات السنية ص ١٣٤ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٤٨ ، رد المحتار جـ ٤ ص ١٨٨ .

٢ - وعرفه ابن ملك[1] فقال : (الحق هو الشيء الموجود من كل وجه وجودا لا شك فيه)[2].

ومثل لذلك بقوله " السحر حق والعين حق اى موجود بأثره . وهذا الدين حق اى موجود صورة ومعنى " .

والذى يظهر من هذا التعريف انه تعريف بالمعنى اللغوى .

٣ - مانقله ابن نجيم عن شرح البخارى للكرمانى[3] حيث قال : "الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته "[4] . وعلل ذلك بان الله سبحانه هو الموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم ولم يلحقه عدم واطلاق الحق على غيره مجاز .

---

(١) ابن ملك : هو العلامة عز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز الشهير بابن ملك . الفقيه الحنفى الاصولى الصوفى المحدث ، كان عالما فاضلا ماهرا فى العلوم الشرعية . ألف تآليف كثيرة منها مبارق الازهار شرح مشارق الانوار فى الحديث . وله كتاب شرح المنار فى الاصول . توفى سنة ٨٨٥ .
الفتح المبين فى طبقات الاصوليين جـ ٣ ص ٥٠ ، شذرات الذهب جـ ٧ ص ٣٤٢ ، الفوائد البهية ص ١٠٧ ، الاعلام جـ ٨ ص ٢١٧ .

(٢) شرح المنار ص ٨٨٦ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٣٤ .

(٣) الكرمانى : هو محمد بن يوسف بن على بن سعيد الكرمانى البغدادى الملقب بشمس الدين . الفقيه الشافعى المفسر الاصولى المتكلم الاديب النحوى ولد سنة ٧١٧ هـ . كان حسن الخلق والخلق منصرفا عن الدنيا متواضعا برا بأهل العلم . له مصنفات كثيرة منها شرحه على البخارى وهو مشهور . وشرح مختصر ابن الحاجب فى الاصول . توفى وهو قافل من الحج سنة ٧٨٦ هـ ودفن ببغداد .
الفتح المبين جـ ٢ ص ٢٠٢ ، بغية الوعاة ص ١٢٠ ، شذرات الذهب جـ ٦ ص ٢٩٤ .

(٤) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٤٨ .

واستدل لذلك بما رواه ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم (أنت الحق ووعدك الحق ولقاؤك حق وقولك حق والجنة حق والنار حق) رواه البخاري[(١)] بتنكير حق بعد تعريفها فى السابق فدل على أن الحق حقيقة هو الله سبحانه وحده[(٢)] .

وهذا التعريف أيضا تعريف لغوى .

...

استعمالات الفقهاء لكلمة الحق

يتتبع استعمال الفقهاء لكلمة الحق نجد أنهم أطلقوا هذه الكلمة على معان متغايرة منها :

١ - انهم يطلقونها على المعنى العام لكلمة حق الشامل للملك بجميع أنواعه من عين ودين ومنفعة والامور الاعتبارية والاوصاف الشرعية وهى الحقوق المجردة التى تجعل من تثبت له قادرا على تحصيل ماتعلقت به كحق الانتفاع وحق التملك والخيارات وحق التصرف فى مال الغير والولاية على النفس ونحو ذلك .

٢ - ويطلقونها على الحق المجرد فقط . واكثر مايكون هذا الاطلاق اذا استعمل الحق فى مقابلة الملك والمال .

---

(١) صحيح البخاري بشرحه فتح البارى ج ٣ ص ٣ .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨ .

٣ - ويطلقونها على مرافق العقار كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق الطريق وحق التعلى وحق الجوار . ويجمع هذه الانواع حق الارتفاق .

٤ - ويطلقونها على مايتبع العقد من التزامات تتصل بتنفيذ احكامه وتمكين كل عاقد مما أعطاه له العقد من أحكام مثل : ضمان خلو المعقود عليه من العيوب ومطابقته لاوصاف العقد والتزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشترى بتسليم الثمن ونحو ذلك .

٥ - ويطلقونها على مايجعل لصاحبه اختصاصا بشئ معين كالملكية فانها تثبت حق التصرف فى المملوك .

٦ - ويطلقونها على مايباح لجميع الناس الانتفاع به دون اختصاص أحد به كحق السير فى الطريق العام وحق التملك وحق التنقل .. الى غير ذلك من الامور (١) .

وجميع هذه الاطلاقات لم تخرج عن معنى الحق اللغوى الذى سبق بيانه .

---

(١) المنار وحواشيه جـ ١ ص ٨٨٦ ، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧٠٥ وما بعدها الى ص ٧١٦ ، وانظر الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده ص ١٨٥ - ١٨٦ ، الشريعة الاسلامية لبدران ابو العينين ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .

تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين :

عرف الفقهاء المعاصرون الحق بتعريفات نذكر منها مايلى :

١ - عرفه الدكتور محمد يوسف موسى بأنه :

" مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقررها الشارع الحكيم "(١) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه عرف الحق بهدفه وغايته . ذلك

أن الحق وسيلة الى المصلحة لا أنه هو المصلحة بذاته .

كما انه غير جامع لعدم شموله لحق الله

٢ - وعرفه الشيخ على الخفيف بأنه :

" مصلحة مستحقة شرعا "(٢) .

ويؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على سابقه من أنه عرف الحق

بغايته حيث جعل الحق هو المصلحة بينما الحق وسيلة للمصلحة.

كما يؤخذ عليه ايضا لزوم الدور وبيان ذلك : أنه عرف الحق بالمصلحة

المستحقة واستحقاق المصلحة يتوقف على معرفة معنى الحق فلزم الدور.

والدور عيب فى التعريف .

٣ - وعرفه الاستاذ مصطفى الزرقاء بأنه :

" اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا "(٣) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع حيث حصر الحق فيما فيه

اختصاص فقط دون ماهو مشترك . فالحق على هذا التعريف قاصر على

---

(١) الفقه الاسلامى ص ٢١٠ .
(٢) مجلة القانون والاقتصاد - السنة العاشرة - ص ٩٨ .
(٣) المدخل الى نظرية الالتزام العامة ص ١٠ .

الاشياء المختصة باصحابها الممنوع منها غيرهم كالمملوكات مثلا . أما ماكان مشتركا كالمباحات العامة من السير فى الطريق والصلاة فى المسجد والانتفاع بسائر المباحات فانها لاتدخل فى مسمى الحق بناء على هذا التعريف . وهذا غير سليم لان الفقهاء يطلقون الحق على كلا الامرين ماكان خاصا وماكان مشتركا (١) .

٤ - وعرفه أستاذنا الدكتور أحمد فهمى أبوسنة بأنه :

" ماثبت فى الشرع للانسان أولله تعالى على الغير "(٢) .

وهذا التعريف فى نظرى هو أصح التعاريف التى ذكرت فأميل الى الاخذ به لكونه شاملا جميع اجزاء المعرف وسالما من المآخذ حسبما ظهر لى .

وسنتناوله بشىء من الشرح والايضاح :

قوله (ما) : لفظ عام شامل لملك العين كملك العقار مثلا ولملك المنفعة كسكنى الدار بعقد الايجار وللدين . وللحقوق الفكرية كحق التأليف والصناعة والاختراع . وهو كذلك شامل للفعل كالسير فى الطريق العامة وللامتناع عن الفعل الضار كاتلاف مال الغير وشامل أيضا للوصف كالولاية على الصغير فى ماله أو نفسه وكطاعة الزوج . وللحقوق الفطرية كالحياة والحرية .

---

(١) انظر النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية ص ٥٢ .
(٢) النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية ص ٥٥ .

وقوله : " ثبت " ~~الثبوت هنا~~ وجب معناه التمكن والتسلط بحيث لا يملك أحد رده عما ثبت له ولا الحيلولة دون ممارسته .

وقوله : (فى الشرع) أى أن هذا الثابت قد شرعه الله سبحانه وتعالى لانه هو الذى أباح وأوجب وأحل وحرم فمصدر الحقوق كلها هو شرع الله وليس للعقل أو الطبع فى ذلك مجال . وعلى هذا فكل ماليس بمشروع لا يكون حقا كالربا والتعدى على الغير .

وقوله : (للانسان أولله تعالى) وهذا يشمل حق الانسان فى ملكيته ماله والتصرف فيه . وحق الله سبحانه فى أن يعبده الناس .

وقوله (على الغير) أى سواء أكان هذا الغير ~~معينا~~ خاصا كالبائع مثلا حيث يجب عليه تسليم المبيع للمشترى بعد قبضه الثمن (١) . أم ~~غير معين~~ عاما كسائر المكلفين حيث يجب عليهم جميعا القيام بما يصلح به أمر الامة كفروض الكفاية من الامر بالمعروف والنهى عن المنكر . ونحو ذلك . وقد قال صلى الله عليه وسلم (حق الله على عباده أن يعبدوه) (٢) . وهذا حق على ~~المكلفين~~ عام اذ يجب على كل أحد ان يعبد الله بجميع أنواع العبادة .

ويمكن أن نستنتج من تعريف الحق أنه لابد فيه من أمور أربعة هى : الشىء الثابت . ومن يثبت له . ومن يثبت عليه . ومشروعية الشىء الثابت . فاذا فقد أحد هذه الامور الاربعة لم يوجد الحق . (٣)

---

(١) انظر النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية ص ٥٠ - ٥٢ .
(٢) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ١٠ ص ٣٩٧ - ٣٩٨ .
(٣) انظر النظريات العامة للمعاملات ص ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ .

مصدر الحق والحكمة من تشريعه

مصدر الحقوق كلها هو الشريعة . فالله سبحانه وتعالى هو الذى منح الناس شريعة مبناها وأساسها على احقاق الحقوق وتحقيق حكم هى مصالح العباد فى الدنيا والآخرة . وهى كلها عدل ورحمة ، فكل مسألة خرجت من العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة ، وعن الحكمة الى العبث . فليست من الشريعة ، وان أدخلت فيها بالتأويل . فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله فى أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها ، وكل خير فى الوجود فهو مستفاد منها وحاصل بها ، وكل نقص فى الوجود فسببه من اضاعتها (١) .

فالشريعة الاسلامية جاءت لتنشىء الحقوق وتمنحها للأفراد والجماعات فلاحق الا ما جاء به الشرع الحنيف وليس هناك حق طبيعى كما يدعى أصحاب " القانون الوضعى " حيث جعلوا من مصادر الحق عندهم طبيعة الاشياء ، لان الحقوق هبة من الله أعطاها لعباده رحمة بهم ورعاية لمصالحهم .

والله سبحانه وتعالى قد خلق الانسان ووهبه الحياة والحرية وخلق الارض بما عليها من حيوان ونبات وجماد لينتفع الانسان بخيراتها كما قال تعالى : (هو الذى خلق لكم مافى الارض جميعا) (٢) ، وقال تعالى (وسخر لكم مافى السموات ومافى الارض جميعا منه ان فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون) (٣) .

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٥ .
(٢) سورة البقرة آية (٢٩) .
(٣) سورة الجاثية آية (١٣) .

ولما كان الانسان لابد له أن يعيش فى جماعة وغريزة حب التملك فيه أصلية وحاجته الى مافى أيدى الاخرين قائمة لانه لا يستطيع أن يوفر لنفسه جميع حاجياته وهذه الحاجة قد تدفعه الى الاعتداء على الغير لاجل الحصول على مايحتاجه من متطلبات الحياة . كان لابد ازاء هذه الاحتياجات من وضع نظام يحفظ الحقوق ويحميها ويرسم طريق تداولها بالعدل والانصاف . لذا نشأ حق الله على الانسان وحق الانسان على أخيه الانسان . فقد أرسل الله سبحانه وتعالى رسلا مبشرين ومنذرين يعلمون الناس أمور دينهم ودنياهم يبينون لهم ماعليهم من واجبات نحو خالقهم وبنى جنسهم ومالهم من حقوق قال تعالى : (وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون)[١] وقال تعالى (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط)[٢] وقال تعالى (شرع لكم من الدين ماوصى به نوحا والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه)[٣] .

فالهدف من انزال الشرائع هو بيان حقوق الله سبحانه وتعالى وحقوق العباد . وقد جاء الاسلام والحق مضيع بين الناس . قويهم يستأثر بالخير كله ويستبيح لنفسه سلب حقوق الضعفاء . فوضع الاسلام لذلك الحدود وارسى القواعد المتينة على أساس الحفاظ على حقوق الله وحقوق العباد . قال صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رضى الله عنه : (هل تدرى ماحق الله على العباد ؟

---

(١) سورة الذاريات آية رقم (٥٦) .
(٢) سورة الحديد آية رقم (٢٥) .
(٣) سورة الشورى آية رقم (١٣) .

قال : قلت الله ورسوله أعلم . قال : فان حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا ... ثم قال : هل تدرى ما حق العباد على الله اذا فعلوا ذلك ؟ قال : قلت الله ورسوله أعلم . قال : أن لا يعذبهم) . رواه مسلم[1] . وقال صلى الله عليه وسلم (ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام) متفق عليه[2] .

وقال تعالى (فآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ذلك خير للذين يريدون وجه الله وأولئك هم المفلحون)[3] . وقال الرسول المصطفى الكريم صلى الله عليه وسلم (ان الله اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث)[4] الى غير ذلك من الايات والاحاديث التى جاءت لترسم للناس طريق السعادة فى الدارين ليعيشوا عيشة هنيئة فى الدنيا ويسعدوا بلقاء الله فى الآخرة .

والحقوق التى جاءت بها الشريعة منها : مايولد مع الانسان كحق الحياة وحق البنوة ونحو ذلك . فان هذه الحقوق لا تحتاج الى سبب أكثر من وجود الانسان .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١ ص ٢٣٠ - ٢٣٢ .
(٢) صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ ٣ ص ٥٧٣ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٨ ص ١٨٢ . وانظر ترتيب مسند الامام أحمد جـ ١٢ ص ٢١٠ .
(٣) سورة الروم آية رقم (٣٨) .
(٤) رواه أحمد والاربعة الا النسائى . سنن ابى داود جـ ٣ ص ١٥٥ ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٩٠٥ ، جامع الترمذى جـ ٣ ص ١٩٠ وحسنه الترمذى .

ومنها ما يتوقف على توفر شروط التكليف كحق الله فى العبادات . وهذا النوع أنشأته النصوص الشرعية وهى السبب فى وجوده .

ومع أن الاصل فى جميع الحقوق هو الشريعة الا ان وجود بعض الحقوق يتوقف على مباشرة اسبابها كالعقد والتعدى ونحو ذلك (١) .

...

أقسام الحق :

قسم العلماء الحق الى أقسام متعددة باعتبارات متنوعة . فقسموا الحق تارة باعتبار صاحبه . وتارة باعتبار محله . وتارة باعتبار علاقته بمحله . وتارة باعتبار الحكم المثبت له .

وسنتكلم عن كل تقسيم منها بايجاز مبينين مكانة حق الارتفاق من كل تقسيم .

التقسيم الأول باعتبار صاحب الحق

ينقسم الحق بهذا الاعتبار الى ثلاثة اقسام :

١ - حق الله تعالى .

٢ - حق العبد .

٣ - الحق المشترك بينهما .

وتفصيل ذلك كالتالى :

---

(١) كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٤٢ .
النظريات العامة للمعاملات ص ٧٧ - ٧٨ .

أولا : حق الله تعالى :

حق الله تعالى : هو ما قصد به قصدا أوليا التقرب الى الله سبحانه وتعالى وتعظيمه واقامة دينه . أو قصد به حماية المجتمع بان ترتبت عليه مصلحة عامة له من غير اختصاص بأحد ونسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه وتوكيدا لاحترامه والمحافظة عليه .

فمن امثلة النوع الاول : الايمان والعبادات من صلاة وزكاة وصوم وحج وجهاد وامر بمعروف ونهى عن منكر ونحو ذلك .

ومن أمثلة النوع الثانى : أى ماقصد به حماية المجتمع : الكف عن المحرمات من زنا وخمر وربا وغش . ومن ذلك ايضا اقامة الحدود على الجرائم كاقامة حد الزنا والسرقة(١) ، لما يترتب على ذلك من مصالح عامة بالمجتمع وهى استئصال المنكرات منه .

وقلنا فى تعريف حق الله : (قصدا أوليا) لان كل حق لله لابد فيه مصالح خاصة عائدة على الانسان كالانتهاء عن الفحشاء والمنكر فى الصلاة ونفع المحتاجين بالزكاة وانتفاع الانسان بالبعد عن المحرمات(٢) .

وجماع حقوق الله كما يذكر علماء الحنفية ثمانية أنواع(٣) :

---

(١) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٤ ، السياسة الشرعية ص ٦٣ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٨٧ ، قواعد الاحكام جـ ١ ص ١٦٨ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ١٤٨ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية ص ٥٦ .

(٢) النظريات العامة للمعاملات ص ٥٧ .

(٣) التلويح على التوضيح جـ٢ ص ٧٠٥ - ٧٠٦ ، تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٥ .

الاول : ماهوعبادة خالصة كالايمان بالله والصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد . وعبرعن هذه (بخالصة) لانها شرعت ~~تعظيما لله وشكرا له وتقربا اليه~~ (١) .

خالصة عن معنى المؤنة

الثانى : ماهوعبادة فيها معنى المؤنة . كصدقة الفطر . فهى عبادة لانها تؤدى تعظيما للهوتقربا اليه . وفيها معنى المؤنة لانها عن تجب على الانسان بسبب غيره . فان الواجد يجب عليه أن يخرج زكاة الفطر عنه وعن ولده واهل بيته الذين تلزمه نفقتهم فالزام الولى باخراجها عن غيره انما كان بسبب مؤنته لذلك الغير (٢) .

الثالث : ماهو مؤنة فيها معنى العبادة وذلك كالعشر الذى يجب اخراجه مما يخرج من الارض العشرية (٣) فهو مؤنة لانه يؤخذ منه نفقات

---

(١) التلويح على التوضيح ج٢ص ٧٠٥-٧٠٦ ، تيسير التحرير ج ٢ ص ١٧٥ .
(٢) تيسير التحرير ج ٢ ص ١٧٦ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ١٣٩ ، التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٧٠٧ .
(٣) الارض العشرية : هى كل أرض اسلم اهلها عليها كارض المدينة واليمن . وكذلك ارض من لا تقبل منه الجزية ولا يقبل منه الا الاسلام أو القتل كعبدة الاوثان من العرب فأرضهم ارض عشر وان ظهر عليها الامام . والمراد بالعشر هو عشر ماينتج من تلك الارض .
الخراج لابى يوسف ص ٧٥ .
الخراج : عبارة عما قرر على الارض بدل الاجرة ، المطلع ص ٢١٨ ، وهو مايؤخذ على ماينتج من ارض الاعاجم التى فتحها المسلمون وتركوها فى ايدى اهلها كما فعل عمر بارض السواد . وكل ارض من اراض الاعاجم صالح عليها اهلها وصاروا اهل ذمة فارضهم ارض خراج .
الخراج لابى يوسف ص ٧٥ .

المجاهدين عن أرض الاسلام . وفيه معنى العبادة : لان من يخرج العشر انما يتقرب به الى الله تعالى . ولذا لا يؤخذ من الكافر ولو اشترى ارضا عشرية وانما يؤخذ منه الخراج (١) .

وذكر بعض الحنفية ان معنى المؤنة فى العشر انما هو باعتبار الاصل وهو الارض الباقية فى أيدينا . والعبادة باعتبار الوصف وهو النماء الخارج من الارض ، واذا كانت الارض أصلا والنما وصفا تابعا لها كانت المؤنة غالبة (٢) .

الرابع : ماهو مؤنة فيها معنى العقوبة : وذلك كالخراج الذى يؤخذ ضريبة عن الارض الخراجية . فهو مؤنة لانه ينفق على حماية هذه الارض ، والدفاع عنها . وفيه معنى العقوبة لان المشتغلين بالزراعة ينصرفون بها عن الجهاد فى سبيل الله فيفرض عليهم الخراج عقوبة لهم . ولم يطالبوا بالعشر الذى فيه معنى العبادة لما فى الخراج من الاذلال كالجزية . فالخراج ضريبة على الذمى وان اشترى ارضا عشرية (٣) .

وهذا التعليل فيه نظر فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما فتح أرض العراق ووجدها عظيمة الغلات رأى أن يضع عليها الخراج ايا كان مالكها لتكون مصدرا ينفق منه على الجيش وسائر اعمال الدولة الاسلامية (٤) .

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٥٨ .
(٢) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٦ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٣٩ .
(٣) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٧ - ١٧٨ ، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧٠٧ كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٣٩ - ١٤١ .
(٤) النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية ص ٥٨ . وانظر الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ١٤٧ . وانظر الهامش بنفس الصفحة لحامد الفقى .

الخامس : ما هو عقوبات محضة كاملة . وذلك كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر فهذا النوع من الحدود حق لله لانها وجبت للزجر عن ارتكاب الجرائم وتطهير المجتمع من الفساد وهذا مصلحة عامة ثم هى عقوبات محضة : لانها خلصت عن أى معنى آخر من عبادة أو مؤنة . وهى كاملة : لانها ألم لاحق للبدن من جلد او قطع عضو أو قتل (١) .

السادس : ما هو عقوبة قاصرة وذلك كحرمان القاتل من الميراث . فهى عقوبة لانها منعت صاحب الميراث من حقه فى التركة فكأنه غرم شيئا من ماله . وهى قاصرة : لانها لم تلحق الما فى بدن القاتل ولا نقصا فى ماله وانما منع من تملك نصيبه فى التركة (٢) .

السابع : ما اجتمع فيه العقوبة والعبادة . وذلك كالكفارات مثل كفارة الحنث فى اليمين والظهار والقتل والفطر فى نهار رمضان من غير عذر فهى عقوبة لانها وجبت جزاء زجرا عن هذه المعاصى . وهى عبادة لانها تؤدى بالصوم والعتق والاطعام وهذه عبادات محضة ولذا تجب فيها النية (٣) .

---

(١) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٩ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٤٧ ، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧٠٨ .

(٢) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٩ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٤٧ - ١٤٨ ، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧٠٩ .

(٣) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٩ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٤٩ ، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧٠٨ - ٧٠٩ .

الثامن : حق قائم بنفسه : أى ثابت بذاته لم يتعلق بذمة أحد يخرجه بطريق العبادة او المؤنة اوالعقوبة بل هو واجب بحكم الله من غير سبب وذلك كخمس الغنائم . وهى الاموال التى تؤخذ من الكفار المحاربين وهذا النوع قائم بنفسه لان الجهاد شرع لاعلاء كلمة الله فما غنمه المجاهدون هو حق لله وانما حكم الله لهم بأربعة أخماسه منةً منه وتفضلا عليهم وأبقى خمسه لمصارفه (١) .

وحصر الحنفية حقوق الله تعالى الخالصة فى هذه الانواع الثمانية غير صحيح لوجود انواع اخرى لاتدخل فى هذه الانواع كالكف عن المحرمات وتعظيم اماكن العبادة وصيانة الدماء والاعراض والاموال بتعزير من أخل بها . وقد صرحوا فى كتبهم بانها من حقوق الله تعالى .

وقد اجاب عن هذا الاعتراض فضيلة شيخنا الدكتور أحمد فهمى أبوسنة "بأن الحقوق المعترض بها قصد حماية المجتمع فيها اظهر واضيفت الى الله تعالى حملا للناس على احترامها باشعارهم انهم خلفاؤه فى المحافظة عليها والدفاع عنها" (٢) .

...

---

(١) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٨ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٤١ - ١٤٢ ، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧٠٨ .
(٢) النظريات العامة للمعاملات ص ٦١ .

ثانيا : حق العبد الخالص :

حق العبد : هو ما ترتب عليه مصلحة للانسان (١) ، وعرفه القرافى (٢) فقال : حق العبد : مصالحه (٣) .

ويتنوع حق العبد المحض الى نوعين : عام وخاص

فالنوع الأول : الحق العام :

وهو ماترتب عليه مصلحة عامة للمجتمع من غير اختصاص بأحد . فالشرع منحه لكافة الناس وألزمهم بالحفاظ عليه . وذلك كالمرافق العامة من مياه وطرق ودور تعليم وصحة وانتفاع بالمباحات .

ومعنى العموم فى هذا النوع : ان الانتفاع بها حق للجميع وصيانتها والحفاظ عليها فرض على الجميع ، وولى الامر حين يباشر ذلك انما هو وكيل عن العامة فينفق عليها من بيت المال ، فان ضاق بيت المال ولم يوجد

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٢ .

(٢) القرافى : شهاب الدين ابو العباس احمد بن ابى العلاء ادريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجى القرافى . ولد بالبهنسا وتوفى بمصر سنة ٦٨٤ . له مؤلفات عديدة منها : انوار البروق فى انواء الفروق . والتنقيح فى اصول الفقه . كان اماما عالما انتهت اليه فى عهده رياسة المالكية فكان وحيد دهره وفريد عصره حافظا مفوها منطقيا بارعا فى الفقه والاصول والتفسير والحديث والعلوم العقلية وعلم الكلام والنحو.

الديباج المذهب ص ٦٢ ، الشجرة الزكية ص ١٨٨ ، الاعلام جـ ١ ص ٩١ .

(٣) شرح تنقيح الفصول ص ٩٤ ، وانظر الفروق جـ ٢ ص ١٤٠ وحاشية ابن الشاط بنفس الصفحة .

فيه فائض ينفق منه على هذه المرافق فرض ولى الامر على القادرين من السكان مابه يتم القيام بما يلزم نحو الحفاظ على هذه المرافق ولذا نجد ان الحق العام يطلق بالاشتراك بين حق الله وحق الانسان العام[1] .

والنوع الثانى : الحق الخاص :

وهو ما ترتب عليه مصلحة خاصة لفرد او افراد معينين وذلك كحق الانسان فى داره وعطه وزوجته ونحو ذلك فلصاحبه وحده التصرف فيه والمطالبة به ، واسقاطه ان احتمل الاسقاط الى غير ذلك من انواع التصرفات[2] .

فان قيل ان صيانة المال الخاص ينتفع بها المجتمع لا محالة كانتفاع العامة باستمرار الزراعة ونحو ذلك ،

أجيب : بأن الكلام انما هو عن حق الانسان الخاص بالاصالة وهذا لا ينافى ان يكون فيه نوع عموم للمجتمع . ولذا تثبت فيه حقوق للمجتمع فى احوال طارئة كالحرب والمجاعة والوباء ونحو ذلك[3] .

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢٤٥ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٨٩ ، النظريات العامة للمعاملات ص ٦٢ .

(٢) كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٥٨ ، تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٨٠ ، قواعد الاحكام جـ ١ ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٩٠ .

(٣) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٣ .

ثالثا : ما اشترك فيه حق الله وحق العبد :

وهو ما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق الانسان . ويتنوع هذا القسم الى نوعين :

أحدهما يكون حق الله هو الغالب .

والثانى يكون حق العبد هو الغالب .

فأولهما : وهو ما اجتمع فيه الحقان وحق الله هو الغالب (١) فكمحافظة الانسان على حياته وعقله وبدنه قال تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما) (٢) وقال عز من قائل (ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة) (٣) كما نهى صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال . فان فى ذلك حق الله تعالى وهو المحافظة على هذه النعم التى بها بناء الحياة وعمارة الدنيا فلا يجوز للانسان ان يتصرف فيها بغير الوجه المشروع كالاعتداء على نفسه بالانتحار او على صحته بتناول مايضره او ينفق ماله فيما لافائدة فيه (٤) . وفيه حق للانسان وهو حقه فى البقاء فى هذه الدنيا سليما معافى غنيا عفيفا ، لكن حق الله هو الغالب . بدليل ان الانسان لا يملك اسقاط حقه فى الحياة او اذهاب عقله او تعريض بدنه للهلاك ونحو ذلك .

وثانيهما : وهو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وكان حق العبد هو الغالب . فكالقصاص فان فيه حق لله تعالى لما فيه من المنع من ارتكاب جريمة

---

(١) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٨ ، تيسير التحرير ج ٢ ص ١٨٠ ، التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٧١٣ .
(٢) سورة النساء آية رقم (٢٩) .
(٣) سورة البقرة اية (١٩٥) .
(٤) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٣ .

القتل كما قال تعالى (ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب لعلكم تتقون) (١)
وفيه حق للانسان وهو التشفى وجبر ما فات على اقارب المقتول من الانتفاع
بحياته (٢) . لكن حق الانسان هو الغالب بدليل ان له الحق فى اسقاط
القصاص والصلح عنه وقد ندب الله سبحانه ولى الدم الى العفو والصلح (٣) فى
قوله تعالى (فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان
ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) (٤) فيجوز للانسان التصرف فى هذا الحق
واسقاطه (٥) .

الآثار المترتبة على حقوق الله وحقوق العباد

هناك فرق بين حق الله تعالى وحق العبد باعتبار الآثار المترتبة
على كل منهما . وأهم هذه الآثار هو الجزاء المترتب على الاخلال بهذه الحقوق
فجزاء حقوق الله هو العقوبة بالحد والتعزير والكفارة والحرمان من الميراث.
وجزاء حقوق العباد هو العقوبة بالتعزير أو القصاص أو الضمان تعويضا
او ما يدور بينهما كالدية والارش .

---

(١) سورة البقرة آية (١٧٩) .
(٢) السياسة الشرعية ص ١٤٦ .
(٣) السياسة الشرعية ص ١٤٨ - ١٤٩ .
(٤) سورة البقرة آية رقم (١٧٨) .
(٥) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٦١ ، تيسير التحرير ج ٢ ص ١٨١ ، التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٧١٣ ، النظريات العامة للمعاملات ص ٦٤ - ٦٥ .

وتختلف العقوبة فى حقوق الله عنها فى حقوق العبد ، فالعقوبة فى حقوق الله تتميز بما يأتى :

١ - أنه لا يجرى فيها عفو ولا ابراء ولا صلح (١) .

٢ - أنه لا يجرى فيها التوارث فلا ~~يعاقب ورثة الجانى بها~~ . ولا حق لورثة المجنى عليه فى المطالبة باستيفائها (٢) كورثة من سرق ماله فلا حق لهم فى المطالبة باقامة حد السرقة وانما هم فى ذلك كسائر الناس .

٣ - انه يجرى فيها التداخل فلا يقام على الجانى الا حد واحد اذا تكررت الجناية الموجبة له (٣) قبل اقامة الحد عليه من الجريمة الاولى .

٤ - ان امر استيفائها مفوض الى ولى الامر (٤) فليس لغيره اقامتها بغير إذنه .

والعقوبة فى حقوق العباد تتميز بما يلى :

١- انه يجرى فيها العفو والصلح والابراء (١) .

٢ - انه يجرى فيها التوارث بالنسبة لورثة المجنى عليه أو وليه (٢) . فلورثة المقتول المطالبة بدم القاتل وكذا لورثتهم .

٣ - انه تتكرر العقوبة فيها بتكرر الجناية فلا يجرى فيها التداخل فلو اعتدى شخص فقطع يد زيد اليمنى ويد عمر اليسرى اقتص لهما منه ولو كانتا

---

(١) الفروق ج٢ ص ١٤١ ، وحاشية ابن الشاط بنفس الصفحة ، شرح تنقيح الفصول ص ٩٥ ، تيسير التحرير ج ٢ ص ١٨١ ، كشف الاسرار ج٤ ص ١٦١ ، التلويح على التوضيح ج٢ ص ٧١٣ ، اعلام الموقعين ج١ ص ١١٧ .

(٢) كشف الاسرار ج٤ ص ١٦١ ، التلويح على التوضيح ج٢ ص ٧١٣ .

(٣) كشف الاسرار ج٤ ص ١٥٨ ، التلويح على التوضيح ج٢ ص ٧١٣ .

(٤) تيسير التحرير ج٢ ص ١٧٩ ، ١٨١ ، كشف الاسرار ج٤ ص ١٦١ ، التلويح على التوضيح ج٢ ص ٧١٣ .

متواليتين فلا يكتفى بقطع يد واحدة منه لهما (١) .

٤ - ان أمر استيفائها مفوض الى المجنى عليه أو وليه فلا تقام الا بطلب صاحب الحق (٢) .

- مكانة حق الارتفاق من هذا التقسيم :

حقوق الارتفاق منها ماهى مصالح عامة كحق الشرب من النهر الكبير وحق المرور فى الشارع العام والانتفاع بالمجرى والمصرف العام ونحو ذلك . وهذه داخلة فى الحق العام من حقوق العبد الخالصة .

ومن حقوق الارتفاق ماهى مصالح خاصة لفرد أو أفراد كانتفاع الجار بالارتفاق بملك جاره من ترتيب شرب من مائه أو طريق فى أرضه أو غرز خشبة فى جداره ونحو ذلك وكل هذه ونحوها داخلة فى الحق الخاص من حقوق العبد الخالصة .

فبهذا يكون حق الارتفاق من النوع الثانى وهو حق العبد الخالص .

...

---

(١) كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٥٨ ، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧١٣ .

(٢) تيسير التحرير جـ ٢ ص ١٧٩ ، ١٨١ ، كشف الاسرار جـ ٤ ص ١٦١ التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٧١٣ .

التقسيم الثانى : باعتبار محل الحـــق :

ينقسم الحق بهذا الاعتبار الى قسمين هما :

١ - حق متقرر .

٢ - حق مجرد .

وتفصيل ذلك كما يلى :

- أولا : الحق المتقـرر :

الحق المتقرر : "هو القائم بمحل يدركه الحس"[1] كحق الانســان فى ملكه لداره وحقه على زوجته فان حقه فيهما قائم بمحل محسوس هو الدار ، والزوجة .

وهذا القسم من الحقوق يتنوع الى نوعين هما :

١ - حق مالى .

٢ - حق غير مالى .

فالحق المالى : هو ماكان محله المال كملك العين والمنفعـــة وحقوق الارتفاق من حق الشرب والمرور والمجرى والمسيل ونحو ذلك .

ومن صفات الحق المالى : أنه يقبل الاعتياض عنه بالمال كالاعتيـــاض بالنقد عن السلعة وأجرة الدار ، وضمان المتلف ، ونحو ذلك[2] .

والحق غير المالى : هو الذى لايتعلق بمال ولا يرتبط به وذلـــك كالحقوق الزوجية وحق الولاية والحضانة والحقوق الفطرية التى فطر الله النـــاس

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٦ .

(٢) المغنى جـ ٦ ص ٦٠ ، جـ ٣ ص ٥٦٠ ، قوانين الاحكام الشرعيـــة ص ٢٧٤ ، نظرية الالتزام العامة ، ص ١٥ .

عليها كحق الحياة والحرية ونحو ذلك .

والحق غير المالي منه مايصح الاعتياض عنه بالمال كحق الطلاق ومنه مالا يقبل الاعتياض كحق الولاية والبنوة ونحو ذلك (١) .

ثانيا : الحق المجرد : وهو " مالم يقم بمحل ولم يتقرر في ذات " (٢) . وذلك كحق الشفعة فانه حق التملك وهو غير قائم بمحل بخلاف حق الملك فانه قائم بالمال المملوك . وحق التعاقد بالعقود المشروعة وكالحقوق السياسية كحق الشورى وحق العمل بالوظائف العامة ونحو ذلك من الحقوق التي ليست قائمة بمحل محسوس ولا متقررة في ذات .. والحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها (٣) .

- مكانة حق الارتفاق من هذا التقسيم :

حق الارتفاق حق قائم بمحل محسوس فحق المرور مثلا قائم بمحل محسوس هو الطريق وحق الشرب قائم بمحل محسوس هو مجرى الماء او البئر وعلى هذا يكون حق الارتفاق من الحقوق المالية المتقررة .

ثم ان حق الارتفاق يترتب على اعيان . فحق غرز الخشبة مثلا يترتب على عين جدار الجار وحق المرور يترتب على عين موضع من الارض وحق المجرى يترتب على الاجراء في موضع معين فمحلها الاموال فيكون حق الارتفاق من الحقوق المالية .

---

(١) المغني جـ ٦ ص ٤٥٦ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٤٧ ، بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٤٠ - ٤١ ، نظرية الالتزام العامة ص ١٥ .

(٢) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٦ .

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١٢ ، الهداية وتكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٤٤٣ ، وانظر العناية بنفس الصفحة ، المغني جـ ٣ ص ٥٧٩ ، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية ص ٦٦ - ٦٧ .

وبهذا يكون حق الارتفاق من القسم الاول وهو الحق المتقرر، ومن قسمه الاول وهو الحق المالي . فحق الارتفاق حق متقرر مالي .

...

التقسيم الثالث : باعتبار علاقة الحق البارزة بمحله

ينقسم الحق بهذا الاعتبار الى قسمين هما :

١ - حق متعلق بالعين .

٢ - حق ثابت في الذمة (١) .

وتفصيل ذلك كما يلي :

أولا : الحق المتعلق بالعين :

الحق المتعلق بالعين : هو ما كانت العلاقة البارزة فيه بين شخص وذات شيء من الاشياء . فحق الانسان متعلق بذات الشيء مباشرة من غير واسطة وذلك كحق الانسان في ملك سيارته وحق حبس المال المرهون للدائن . وحق سقي الزرع من جدول او بئر معينين . وحق الله سبحانه في اموال الزكاة وحق الاب في الولاية على اولاده وحق الام في حضانة طفلها الى غير ذلك من الحقوق التي تعطي لصاحبها سلطة مباشرة على شيء معين حيث تكون العلاقة البارزة بين شخص وشيء .

وابرز الحقوق المتعلقة بالعين خمسة أنواع هي :

١ - حق ملك الرقبة والمنفعة ، كما في الملك .

٢ - حق ملك المنفعة دون الرقبة كما في الاجارة .

---

(١) أهل القانون يسمون هذين النوعين بالحق العيني والحق الشخصي .

٣ - حق التوثق بالعين ضمانا لوفاء الدين كالرهن ،

٤ - حقوق الله تعالى المتعلقة بالاعيان كالزكاة والعشر،

٥ - حق المالك فى الأمانة عند الأمين،وهو حفظها وردها وعدم التعدى عليها . (١)

ثانيا : الحق الثابت فى الذمة :

الحق الثابت فى الذمة : هو ماكانت العلاقة البارزة فيه بين شخص وشخص آخر كالديون فحق الدائن متعلق بذمة انسان آخر هو المدين فيكون أحدهما مستحقا أو دائنا والاخر مستحقا عليه أو مدينا وذلك كأن يكون لزيد مبلغ من المال فى ذمة عمرو . فالعلاقة البارزة قائمة بين زيد وعمرو على النحو الذى سبق بيانه .

والحقوق الثابتة فى الذمة قد تكون دينا ماليا كثمن السلعة المؤجل وقد تكون عملا كخياطة الثوب وبناء الدار . وقد تكون منفعة كما فى المعاشرة الزوجية وقد تكون امتناعا عن عمل كالكف عن تعلية البناء ونحو ذلك .

والفرق بين هذين الحقين :

١ - ان الحق المتعلق بالعين يتبع العين فى اى يد كانت كحق الانسان فى ملكه المغصوب اذا انتقل الى غير الغاصب . والحق المتعلق بالذمة يبقى فى ذمة من عليه الحق ولا ينتقل الى غيره مادامت ذمته صالحة للالتزام .

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٨ - ٧١ ، نظرية الالتزام العامة ص١٧ - ١٩ .

٢ ـ أنه اذا اجتمع الحقان وضاق مال المدين قدم الحق المتعلق بالعين كما اذا رهن عينا وعليه ديون اخرى ثم افلس كان المرتهن احق بالعين المرهونة من سائر الغرماء الاخرين .

والحق الثابت فى الذمة لا امتياز لصاحبه على غيره بل يقسم المال بينهم على قدر ديونهم بالحصص .

٣ ـ ان الحق المتعلق بالعين اذا كان ناشئا عن عقد وهلك محل العقد يسقط الحق كتسليم المبيع الواجب بعقد البيع فانه اذا هلك قبل تسليمه للمشترى سقط التسليم وبطل عقد البيع لاستحالة التنفيذ .

والحق الثابت فى الذمة ليس كذلك بل يبقى فى الذمة ولا يسقط كما فى السلم والقرض فانه اذا هلك المسلم فيه وبدل القرض بقى العقد ووجب تسليم غير الذى هلك(١) .

مكانة حق الارتفاق من هذين النوعين :

الناظر فى حقوق الارتفاق يجد ان العلاقة البارزة فيها منصبة على ذات شىء فحق الشرب مثلا متعلق بالنهر او بالبئر او بالجدول وهذه اعيان وحق المرور متعلق بذات الطريق وحق التسييل متعلق بذات المسيل فهذه الحقوق مرتبطة أساسا بعين العقار فتكون حقوق الارتفاق من النوع الاول . وهو الحق المتعلق بالعين .

. . .

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، وانظر نظرية الالتزام العامة ص ١٦ ، ١٧ ، ص ٢٥ ، ٢٦ .

التقسيم الرابع للحق باعتبار الحكم المثبت له :

ينقسم الحق بهذا الاعتبار الى قسمين هما :

١ - حق ديني .

٢ - حق قضائي .

وتفصيل ذلك كالتالي :

أولا : الحق الديني :

الحق الديني : هو الثابت بحكم الشرع وتعذر اثباته امام القضاء .
كأن يكون لشخص مال عند آخر فأنكر من هو عنده مدعيا أن المال ماله ولا حق لخصمه فيه وليس عند صاحبه بينه ، وحلف القاضي من عنده المال فحلف وقضى له به .

بينما حقيقة الامر أن المال للمدعي . ولكن هذا حق ديني . لم يثبت أمام القضاء فديانه هو للمدعي وله أخذه اذا ظفر به . ولكنه في القضاء لا يجوز له ذلك .

وكذلك القضاء بحق لغير صاحبه بناء على شهادة زور . فالحق عند الله هو لغير من حكم له بذلك . وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما روته عنه أم سلمة رضي الله عنها : (انكم تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو مما اسمع منه . فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار) متفق عليه[1] . فالحق الديني قد يثبته القضاء عند

واللفظ لمسلم ولها (فمن قضيت له)

---

(١) صحيح البخاري جـ ٥ ص ١٠٧ ، ٢٨٨ ، صحيح مسلم جـ ١٢ ص ٤ - ٦ . وانظر بلوغ المرام : ص ٢٨٨ .

وجود البينات فاذا انعدمت البينة قد يحكم بالحق لغير المستحق لـه ديانة (١)

ومن الحقوق الدينية : مالا يدخل تحت ولاية القضاء كالحقوق التي ليس لها مطالب من جهة العباد كالعبادات من صلاة وحج ووفاء بنذر ونحو ذلك . وكون الحاكم له ولاية التاديب على تركها او التهاون فيها لا يخرجها عن كونها دينية (٢) ، اذ العلاقة في هذه الحقوق قائمة بين العبد وربه .

ثانيا : الحق القضائي :

الحق القضائي : هو ما امكن اثباته امام القضاء سواء أكان ثابتا ديانة ام غير ثابت فان كان ثابتا ديانة فقد اتفق الحقان القضائي والديني على اثباته وان كان غير ثابت ديانة كان ثابتا بحكم القضاء فقط .

فمثال مايثبت قضاء فقط المثال الذي سقناه للحق الديني . فان حكم الحاكم بشهادة الزور او اليمين الكاذبة قد اعطى الحق لغير من هو له في الواقع فالحق اذا ثابت قضاء لمن قدم الشهادة المزورة او اليمين الكاذبة ، لان القاضي لا يحكم الا بما يتوفر لديه من الادلة ولا علم له ببواطن الامور .

ومثال مايتفق الحقان في اثباته اذا كانت الشهادة اواليمين في المثال السابق صحيحة وحكم بها القاضي فان من حكم له هو صاحب الحق حقيقة عند الله وهو صاحب الحق بحكم القضاء فاتفق الحق القضائي والحق الديني على اثباته للمستحق (٣) .

---

(١) المغني جـ ٩ ص ٥٨ - ٦٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٩٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٢ ، ادب القضاء لابن ابي الدم ص ١٣٠ .

(٢) النظريات العامة للمعاملات ص ٧٦ .

(٣) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٣٩٦ - ٣٩٧ ، المغني جـ ٩ ص ٥٨ - ٦٠ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٩٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٩٢ ، ادب القضاء ص ١٣٠ .

- مكانة حق الارتفاق من هذين الحقين :

حق الارتفاق قد يكون حقا دينيا وقد يكون حقا قضائيا وقد يكـــون قضائيا ودينيا معا . فاذا كان لانسان مثلاحق الشرب من جدول ماء واستطاع اثبات حقه فيه امام القضاء وحكم له بذلك كان حقه فيه حقا قضائيا ودينيا معا . وان لم يستطع اثبات حقه فيه وحكم القاضى بان لا حق له فى الشرب منه كـــان حقه حقا دينيا فقط اذ حكم القاضى لا يحرم الحلال . وان كانت دعواه للشـــرب دعوى غير صحيحة وقدم شهود زور ليشهدوا له بالشرب منه وحكم له القاضـــى بموجب هذه الشهادة فحقه فيه حينئذ حق قضائى فقط . اذ القضاء انما شرع لقطع المنازعات . ولكن فى الديانة يحرم عليه الانتفاع بهذا الشرب من غير رضـــا صاحبه .

...

القسم الأول

فى تعريف حق الارتفاق وأنواعه وأسباب إنشائه
ويشتمل على ثلاثة أبواب

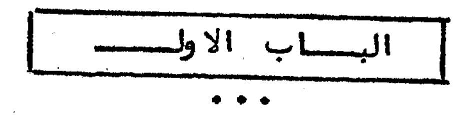
الباب الأول : فى تعريف حق الارتفاق

الباب الثانى : فى أنواعه

الباب الثالث : فى أسباب إنشائه

البَابُ الأوَّل

في تعريف حق الارتفاق



البـــاب الاولــــ

...

فى التعريف بحق الارتفـــــاق

ويشتمل على فصلين :

- الفصل الاول : فى تعريف حق الارتفاق لغة وشرعا .
- الفصل الثانى : فى بيان مشروعيته وحكمه والحكمة من مشروعيته .

الفصل الأول

في تعريف حق الارتفاق لغة وشرعا

- تعريف الارتفاق لغة :

الارتفاق في اللغة : مصدر ارتفق يرتفق ارتفاقا ، بمعنى انتفع به . ويقال ارتفق الرجل : اذا اتكأ على مرفقه . ويقال أرفقه : اذا نفعه .

والمرفق بفتح الميم وكسر الفاء وعكسه لغتان فيما يرتفق به . قال تعالى (ويهيئ لكم من أمركم مرفقا)(١) أي : شيئا ترتفقون به(٢) . ويجمع على مرافق . ومرافق الدار : مصاب الماء ونحوها .

واسم المكان من ارتفق : مرتفق . قال تعالى (نعم الثواب وحسنت مرتفقا)(٣) .

والرَّفَق : الماء القصير الرشاء . والمرتع السهل المطلب .

والرِّفْق : ضد العنف قال صلى الله عليه وسلم (ان الرفق لا يكون في شئ الا زانه)(٤) .

والرُّفقة : بضم الراء وكسرها الجماعة ترافقهم في سفرك والجمع رفاق .

والرفيق : المرافق والجمع الرفقاء . فاذا تفرقوا ذهب اسم الرفقة ولا يذهب اسم الرفيق . ومنه قوله تعالى (وحسن أولئك رفيقا)(٥) .

---

(١) سورة الكهف اية رقم (١٦) .
(٢) جامع البيان جـ ١٥ ص ٢٠٩ - ٢١٠ .
(٣) سورة الكهف آية رقم (٣١) .
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٦ ص ١٤٦ ، سنن ابي داود جـ ٣ ص ٦ .
(٥) سورة النساء آية رقم (٦٩) .

والمُرْتَفِق : المتلو‌ء الواقف الثابت الدائم (١) .

ـ تعريف حق الارتفاق شرعا :

كان بحث الفقهاء رحمهم الله لحق الارتفاق في مواضع متعددة من أبواب الفقه فلم يفردوه بباب مستقل يجمع المسائل ويفصل الاحكام . لذا لم يصطلحوا على تعريف جامع مانع له ، وانما ورد في عبارات بعضهم مايشير الى معناه .

فقال خليل (٢) في مختصره : " وندب ارفاق جار بماء وفتح باب " (٣) .

وقال التسولي (٤) في البهجة : " الارفاق : هو اعطاء منافع العقار " ومثل لذلك بالسقي من ماء الجار واجراء المجرى والطريق في أرضه وغرز

---

(٢) خليل : هو الامام العلامة خليل بن اسحاق بن موسى بن شعيب المعروف بالجندي المالكي ، كان صدرا في علماء القاهرة مجمعا على فضله وديانته له مختصر في المذهب المالكي بين فيه المشهور مع الايجاز البليغ توفي بمصر سنة ٧٤٩ هـ . الديباج المذهب ص ١١٥ - ١١٦ .

(٣) مختصر خليل ص ٢٤٢ وانظر المواق جـ ٥ ص ١٧٥ .

(٤) التسولي : هو القاضي ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديدش العقبة حامل لواء المذهب المالكي المحقق المتقن الزاهد الورع له عدة مؤلفات منها شرح التحفة . توفي سنة ١٢٥٨ هـ . شجرة النور الزكية ص ٣٩٧ .

~~(٤) البهجة شرح التحفة جـ [illegible] ص [illegible] وانظر على الهامش بهامش نفس الصفحة .~~

(١) انظر مجموع ما سبق مادة (رفق) القاموس المحيط ، لسان العرب ، أساس البلاغة ، مختار الصحاح ، المصباح المنير ، تهذيب الأسماء واللغات ، وانظر أيضا املاء ما من به الرحمن جـ ٢ ص ١٠٢ ، جامع البيان جـ ٥ ص ١٦٣ ، جـ ١٥ ص ٢٠٩ ، ص ٢٤١ - ٢٤٤ .

الخشبة فى جداره (١) .

وقال البهوتى (٢) : "وان كان بجنبه سناة لغيره ارتفق بها" (٣) ،

وعقد الامام مالك بابا فى الموطأ بعنوان (المرافق) ذكر فيه بعض الاحاديث والآثار الدالة على احكام الارتفاق (٤) ، وعقد ابن حزم (٥) بابا فى المحلى بعنوان (المرفق) تحدث فيه عن بعض احكام انتفاع عقار بعقار آخر وما يترتب على ذلك من مصالح واضرار (٦) .

---

(١) البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥١ وانظر حلى المعاصم بهامش نفس الصفحة .

(٢) البهوتى : هو الشيخ الامام منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن احمد بن على بن ادريس الشهير بالبهوتى ولد سنة ١٠٠٠ هـ كان علامة فى جميع العلوم فقيها اصوليا مفسرا . شيخ الحنابلة بمصر . كان عالما عاملا ورعا رحل اليه الناس لاخذ مذهب الامام احمد له عدة شروح منها شرح الاقناع وشرح المنتهى توفى سنة ١٠٥١ هـ بمصر .
مقدمة الروض المربع نقلا عن طبقات الحنابلة للكمال المغزى .

(٣) كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٢ .

(٤) الموطأ بشرحه المنتقى جـ ٦ ص ٤٠ .

(٥) ابن حزم : هو ابومحمد على بن احمد بن سعيد بن حزم بن غالب ابن صالح بن خلف اصله من فارس ولد بقرطبة سنة ٣٨٤ هـ . نشأ شافعى المذهب ثم انتقل الى مذهب اهل الظاهر . كان متفننا فى علوم جمة فكان فقيها مفسرا محدثا اصوليا متكلما منطقيا طبيبا اديبا شاعرا مؤرخا . كان بعض العلماء فى عصره قد حقروا من شانه ونالوا منه فحفزه ذلك الى الانقطاع للعلم والتبحر فيه ثم خرج من ذلك شديد النقد للعلماء والائمة له مؤلفات كثيرة من اشهرها كتاب الاحكام فى اصول الاحكام والمحلى . توفى بقرطبة سنة ٤٥٦ هـ .
وفيات الاعيان جـ١ ص ٤٢٨ ، النجوم الزاهرة جـ ٥ ص ٧٥ .

(٦) المحلى جـ ٩ ص ١٠٥ .

والحنفية يعقدون بابا باسم الحقوق يبينون فيه مايدخل من الحقوق في بيع الدار من غير نص عليه وما لا يدخل الا بنص كالشرب والطريق والعلو والسفل (١) . وقال ابن نجيم: "المرافق عبارة عما يرتفق به . ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء" (٢) .

فكان تناول الفقهاء لحقوق الارتفاق في مواضع متعددة يبينون فيها كيفية الانتفاع بها باعتبارها مرافق ومنافع للعقارات ولم يفردوا بابا مستقلا لدراستها مما جعلهم لا يعرفونها تعريفا يجمعها ويمنع من دخول غيرها فيه كما هو ظاهر من العبارات السابقة .

واول من استعمل اصطلاح (حقوق الارتفاق) - فيما أعلم - هو محمد قدري باشا (٣) في كتابه مرشد الحيران ، حيث عرف حق الارتفاق بانه " حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر لشخص آخر " (٤) .

---

(١) الهداية وشرحها العناية وفتح القدير جـ ٥ ص ٣٠١ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٩٧ ، رد المحتار جـ ٤ ص ١٨٨ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٤٨ .

(٣) محمد قدري باشا : هو محمد بن قدري كوبر ولي عالم مشارك ولد في ملوى بصعيد مصر حوالي سنة ١٢٣٧ هـ تقلب في عدة مناصب في الدولة منها وزير المعارف ووزير الحقانية له مؤلفات عدة منها مرشد الحيران على مذهب ابي حنيفة توفي بالقاهرة سنة ١٣٠٦ هـ . معجم المؤلفين جـ ١١ ص ١٤٩ .

(٤) مرشد الحيران ص ١١ مادة (٣٧) .

وهذا التعريف يظن أنه مأخوذ من تعريف اهل القانون ، ومن كتب في الفقه الاسلامي بعد قدري باشا تابعه في هذا التعريف (١) .

واذا تأملنا هذا التعريف وجدنا انه غير جامع لافراد المعرف فهناك عدد من المسائل التي يسميها الفقهاء ارتفاقا لا يشملها هذا التعريف . وذلك كحق الشفة وكالارتفاق بمقاعد الاسواق ونحوها مما هو حق متقرر للاشخاص لا للعقار .

- تعريفنا لحق الارتفاق :

ولما كان من شرط التعريف ان يكون جامعا لكل افراد المعرف مانعا من دخول غيرها فيه فساحاول تعريف حق الارتفاق تعريفا جامعا مانعا بحسب ما ظهر لي من معناه عند الفقهاء فاقول :

" حق الارتفاق : حق متقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مالكهما مختلف ، او لمنفعة شخص بغير اجارة او اعارة او وقف او وصية " .

شرح التعريف :

قولنا : (حق) : أي شيء ثابت وموجود . (معنى)

(متقرر) : اي قائم بمحل يدركه الحس .

---

(١) انظر مختصر احكام المعاملات الشرعية / على الخفيف ص ١٦ ، الملكية ونظرية العقد لابي زهرة ص ٨٦ ، الشريعة الاسلامية لبدران ابو العينين ص ٣١٧ ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د عبد الكريم زيدان ص ٢٣٢ ، المدخل للفقه الاسلامي ص ٣٧٢ ، نظرية الالتزام العامة ص ٣٥ .

(على عقار) : اى المنتفع به عقار كنهر وطريق •

(لمنفعة عقار آخر) : اى المستفيد هو العقار كالارض التى تنتفع بالشرب من النهر فتروى ويحيا ما فيها من أشجار أو تنتفع بالتسييل فى المسيل فتتخلص من المياه الزائدة عن الحاجة وتصرف الترسبات المالحة ونحو ذلك •

فالمنتفع هو الارض •

(مالكهما مختلف) اى انتفاع احد العقارين بالاخر لا يسمى ارتفاقا الا اذا كان المالك لهما مختلفا • اما لو كان المالك واحدا فان هذا الانتفاع ثابت بسبب ملكه لهما لا بحق الارتفاق •

(أو) او هنا للتنويع فالارتفاق نوعان : احدهما لمنفعة عقار وثانيهما لمنفعة شخص •

(لمنفعة شخص) : اى المنتفع مباشرة هو الشخص والحق رتب له وذلك كحق الشفة وحق الانتفاع بمقاعد الاسواق ونحو ذلك مما يثبت الانتفاع به لذات الشخص •

(بغير اجارة او اعارة أو وقف او وصية) احترز بهذه الاشياء عن المنفعة المتقررة لشخص باحد هذه الامور فانها منافع عقارية متقررة للمستأجر والمستعير والموقوف عليه والموصى له بالمنفعة • ولكنها ليست من حقوق الارتفاق بل هى حقوق استحقت بمقتضى العقد •

فلابد فى حقوق الارتفاق من وجود عناصر ثلاثة هى :

١ ـ منتفع به : وهو عقار دائما كالنهر والطريق والمسيل والجدار ونحو ذلك • ا

٢ ـ منتفع : وهو اما عقار واما شخص. فالعقار كالارض التى رتب لها شرب من النهر وكالدار التى رتب لها طريق فى ارض الغير• ولابد فى

هذا العقار المنتفع ان يكون لمالك غير مالك العقار المنتفع به .

والشخص كحق الانسان فى الشرب من البئر او النهر الخاص وكانتفاعه بمكان معين من مقاعد الاسواق ونحو ذلك .

وقولنا ان المنتفع اما عقار واما شخص مع ان النفع عائد فى نهاية الامر فيهما الى الشخص لانه فى النوع الاول الحق مرتبط بالعقار ينتقل معه بالبيع والارث ونحو ذلك بينما النوع الثانى يرتبط بشخص المنتفع .

٣ - سبب به تتقرر المنفعة للمرتفق على العقار المرتفق به فبذلك يتم الربط بين المنتفع والمنتفع به وذلك كاذن الشارع بانتفاع الارض بما حولها من موات باتخاذ طريق لها او بتصريف مياهها فى مصرف عام ونحو ذلك ، وكاذن الانسان لجاره باجراء ماء فى أرضه ونحو ذلك . فان الربط بين المنتفع والمنتفع به انما تم باذن الشارع فى الصورة الاولى وباذن الانسان فى الصورة الثانية . فتم بذلك اثبات حق الارتفاق .

واذا عرفنا حق الارتفاق فما الدليل على مشروعيته ؟

هذا ما سنجيب عليه فى الفصل التالى : ان شاء الله .

الفصل الثانى

فى بيان مشروعية حق الارتفاق وحكمه والحكمة من مشروعيته

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الاول فى بيان مشروعية حق الارتفاق وحكمه

...

- دليل مشروعية حق الارتفاق :

لما جاء الاسلام دعا الى اكرام الجار والمحافظة على حقوقه وأعلى من شأنها فى غير ما موضع من الكتاب والسنة . ولما كانت حقوق الارتفاق فى غالب صورها تعنى تقديم منفعة للجار فانها تعتبر من الحقوق المطلوب تداولها بين الجيران .

وبناء على هذا فان حقوق الارتفاق ثبتت مشروعيتها بالادلة التى تدعو الى مراعاة حق الجار كما ثبتت بادلة خاصة بها .

وبعد هذا نستطيع القول بان حقوق الارتفاق ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة وعمل الصحابة .

أما الكتاب :

فقول الله تعالى (واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجُنُب ، والصاحب بالجَنْب وابن السبيل وما ملكت ايمانكم ان الله لا يحب من كان مختالا فخورا)[1]

وجه الدلالة :

ان الله سبحانه وتعالى أمر فى الآية بالاحسان الى الجار وجعل ذلك من أعالى الامور فى الاسلام حيث قرنه بعبادته وحده لا شريك له والبر بالوالدين وصلة الارحام والاحسان الى المحتاجين وما ذلك الا دليل على عظم حق

---

(١) سورة النساء آية (٣٦) .

الجار. ومن حق الجار على جاره أن يحسن اليه بتمكينه من الشرب من مائه ، واجراء ساقية فى أرضه أو المرور فيها . كما ان عليه أيضا ان يكف عنه أذاه فلا يستعمل منزله لاغراض تكون مصدر أذى لجيرانه، أو يفتح عليهم أبوابا أو نوافذ تكشف عوراتهم ونحو ذلك . فان مراعاة كل هذا مما دعت اليه الآية الكريمة بدعوتها الى الاحسان للجار.

وأما السنة :

فقد دلت السنة المطهرة على مشروعية حقوق الارتفاق فقد ورد بذلك عدد من الاحاديث نسوق منها :

١ - عن ابى هريرة رضى الله عنه : (أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع جار جاره ان يغرز خشبة فى جداره . ثم يقول ابوهريرة : مالى أراكم عنها معرضين ؟ والله لارمين بها بين اكتافكم) رواه الجماعة الا النسائى (١)

---

(١) الحديث رواه الجماعة الا النسائى واللفظ للبخارى ومسلم كلاهما عن مالك ، صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ١١٠ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١١ ص ٤٧ ، وهو فى الموطأ جـ ٢ ص ٧٤٥ ، ورواه عن مالك أيضا البيهقى جـ ٦ ص ٦٨ ، عن ابن شهاب عن الاعرج عن ابى هريره وتابعه معمر عن الزهرى الا انه قال (احدكم) اخرجه البيهقى جـ ٦ ص ٦٨ ، واحمد انظر ترتيب المسند (الفتح الربانى) جـ ٥ ص ١٠٩ والمسند جـ ٢ ص ٢٧٤ ، قال الالبانى وهو صحيح على شرط الستة وتابعه ابن عيينة بلفظ (اذا استاذن أحدكم جاره ان يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه . فلما حدثهم ابو هريرة طأطأوا رؤوسهم فقال : مالى ...) الحديث . اخرجه احمد جـ ٢ ص ٢٤٠ وانظر ترتيب المسند جـ ١٥ ص ١٠٩ ثنا سفيان عن الزهرى به . وهكذا اخرجه ابوداود الحديث رقم (٣٦٣٤) جـ ٣ ص ٤٢٨ وابن ماجه الحديث رقم (٢٣٣٥) جـ ٢ ص ٧٨٢ من طرق عن سفيان بن عيينه .

....

= وأخرج مسلم هاتين المتابعتين ولكنه لم يسق لفظهما واحال به على لفظ مالك قائلا : (نحوه).

وتابع ابن شهاب صالح بن كيسان عن عبد الرحمن بن الاعرج به ، ولفظه : (لا يمنعن احدكم جاره موضع خشبة ان يجعلها فى جداره . ثم يقول ابوهريرة : مالى أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين أظهركم) . اخرجه البيهقى وقال : اسناد صحيح . السن الكبرى جـ ٦ ص ٦٨ .

وتابع الأعرج عكرمة فقال : (الا اخبركم باشياء قصار حدثنا بها ابوهريرة ؟ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب من فم القربة او السقاء وان يمنع جاره أن يغرز خشبة فى جداره) اخرجه البخارى جـ ٤ ص ٣٧ ، والبيهقى جـ ٦ ص ٦٨ وفى رواية له مرفوعا (ليس للجار ان يمنع جاره ان يضع اعواده فى حائطه) وقال : هذا اسناد صحيح جـ ٦ ص ٦٩ . وله شاهد من رواية جماعة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يرويه هشام بن يحيى ان عكرمة بن سلمة بن ربيعة أخبره أن أخوين من بنى المغيرة اعتق احدهما ان لا يغرز خشبا فى جداره . فلقيا مجمع بن يزيد الانصارى ورجالا كثيرا فقالوا نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبا فى جداره) . فقال الحالف : أى أخى قد علمت أنك مقضى لك على وقد حلفت فاجعل اسطوانا دون جدارى ففعل الاخر فغرز فى الاسطوان خشبة) أخرجه ابن ماجه الحديث رقم ٢٣٣٦ ، جـ ٢ ص ٧٨٣ ، واحمد جـ ٣ ص ٤٨٠ ، وانظر ترتيب المسند جـ ١٥ ص ١٠٩ - ١١٠ (الفتح الربانى) . وقال الالبانى : واسناده حسن فى الشواهد . ارواء الغليل جـ ٥ ص ٢٥٤ - ٢٥٦ .

والحديث روى بلفظ (خشبة) بالافراد و (خشبه) بالجمع قال ابن عبد البر : والمعنى واحد لان المراد بالواحد الجنس . قال الحافظ ابن حجر : وهذا الذى يتعين للجمع بين الروايتين والا فالمعنى قد يختلف باعتبار ان أمر الخشبة الواحدة اخف فى مسامحة الجار بخلاف الخشب الكثير . وروى الطحاوى عن جماعة من المشايخ انهم رووه بالافراد وانكر ذلك عبد الغنى بن سعيد فقال : الناس كلهم يقولون بالجمع الا الطحاوى . قال ابن حجر : وما ذكرته من اختلاف الرواة فى الصحيح يرد على عبد الغنى بن سعيد الا أن اراد خاصا من الناس كالذين روى عنهم الطحاوى فله اتجاه . انظر فتح البارى جـ ٥ ص ١١٠ ، شرح صحيح مسلم جـ ١١ ص ٤٧ ، بلوغ الامانى من أسرار الفتح الربانى جـ ١٥ ص ١٠٩ .

وجه الدلالة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى الجار عن عدم تمكين جاره من غرز خشبه في جداره . وغرز الخشب في جدار الجار نوع من أنواع الارتفاق . فدل ذلك على مشروعية هذا النوع من حقوق الارتفاق .

٢ - عن عروة بن الزبير عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أنه حدثه ان رجلا من الانصار (١) خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم في شِراج الحرّة (٢) التي يسقون بها النخل . فقال الانصاري : سرّح الماء يمر . فأبى عليه . فاختصما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : اسق يا زبير ثم أرسل الى جارك . فغضب الأنصاري . ثم قال : يارسول الله آن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم قال للزبير : اسق يا زبير ثم احبس الماء

---

(١) ورد في رواية شعيب (ان قد شهد بدرا) واختلف في اسمه فقيل ان اسمه حميد . وليس في البدريين من الانصار من اسمه حميد . وقيل انه ثابت بن قيس بن شماس . وثابت ليس بدريا . وحكى الواحدى انه ثعلبة بن حاطب الانصاري . وليس هذا بدريا . وحكى الثعلبي والمهدوي انه حاطب بن أبي بلتعة . ولكن تعقب بان حاطب هذا من المهاجرين . قال ابن حجر ويترشح بان حاطبا كان حليفا لال الزبير بن العوام من بني أسد وكأنه كان مجاورا للزبير.
وقال الداودي وأبو اسحاق الزجاج وغيرهما : ان خصم الزبير كان منافقا . ووجهه القرطبي : بأن قول من قال انه من الانصار يعني نسبا لا دينا . قال : وهذا هو الظاهر من حاله . ووهى هذا القول التوربشتي شارح المصابيح فقال : لم تجر عادة السلف بوصف المنافقين بصفة النصرة التي هي مدح ولو شاركهم في النسب ، وانما هي زلة من الشيطان تمكن به منها عند الغضب . وليس ذلك بمستنكر من غير المعصوم في تلك الحالة . فتح الباري جـ ٥ ص ٣٥ - ٣٦ .

(٢) شراج : -بكسر الشين - جمع شرج والمراد موضع بالمدينة المنورة . معجم البلدان جـ ٣ / ٢١
الحرة : حجارة سود والمراد موضع معروف بالمدينة المنورة معجم البلدان : ٢ / ٢٤٥ فمابعدها .

حتى يرجع الى الجدر . فقال الزبير: والله انى لا أحسب ان هذه الآية نزلت الا فى ذلك - فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) (١) . رواه الجماعة (٢) وللنسائى رواية اخرى عن عروة عن عبدالله بن الزبير انه خاصم ...... الحديث (٣) .

وللبخارى فى رواية قال (خاصم الزبير رجلا) وذكر نحوه (٤) . وفى رواية له ايضا زاد فيه (فاستوعى رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ للزبير حقه . وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأى فيه سعة له وللانصارى فلما أحفظ الانصارى رسول الله صلى الله عليه وسلم استوعى للزبير حقه فى صريح الحكم. قال عروة : قال الزبير : فوالله ما أحسب هذه الاية نزلت الا فى ذلك - فلا وربك لا يؤمنون - الآية) (٥) ورواه احمد كذلك لكن قال عن عروة بن الزبير (ان الزبير كان يحدث انه خاصم رجلا) وذكره جعله من مسند عروة (٦) .

---

(١) سورة النساء آية رقم (٦٥) .
(٢) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ٣٤ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٥ ص ١٠٧ - ١٠٨ ، ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) جـ ١٥ ص ١٣٤ ، جـ ١٨ ص ١١٤ ، سنن الترمذى مع شرحه تحفة الاحوذى جـ ٢ ص ٢٨٩ ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٢٩ ، الحديث رقم (٢٤٨٠) ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ٤٢٩ الحديث رقم (٣٦٣٧) سنن النسائى جـ ٨ ص ٢٠٩ ، ٢١٥ .
(٣) سنن النسائى جـ ٨ ص ٢٠٩ .
(٤) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ٣٨ .
(٥) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ٣٠٩ - ٣١٠ .
(٦) ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) جـ ١٨ ص ١١٤ .

وزاد البخاري (١) في رواية (قال ابن شهاب : فقدّرت الانصار والناس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر " فكان ذلك الى الكعبين).

وجه الدلالة :

قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم للزبير بالشرب من السيل قبل الانصاري لمروره بأرض الزبير أولا . فدل ذلك على أن للزبير حق الشرب من هذا الوادي لا يملك أحد أن يحول دون استيفائه او الانتقاص منه . والشرب أحد أنواع الارتفاق فدل ذلك على شرعيته .

٣ - ما رواه أبو جعفر محمد بن علي الباقر عن سمرة بن جندب أنه حدثه قال : (انه كانت له عضد (٢) من نخل في حائط رجل من الانصار قال : ومع الرجل أهله . قال : فكان سمرة يدخل الى نخلة فيتأذى به ويشق عليه فطلب اليه أن يبيعه فأبى . فطلب اليه أن يناقله فأبى . فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له . فطلب اليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى . فطلب اليه أن يناقله فأبى . قال : فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبه فيه فأبى . قال : أنت مضار . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للانصاري : اذهب فاقلع نخله) رواه أبو داود (٣) .

---

(١) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري جـ ٥ ص ٣٩ .

(١) قال ابو الخطاب : رواه ابو داود (عضدا) وانما هو (عضيد) من نخل . يريد نخلا لم تبسق ولم تطل . معالم السنن جـ ٥ ص ٢٣٩ . وقال في اللسان : العضيد النخلة التى لها جذع يتناول منه المتناول وجمعه عضدان . قال الاصمعي : اذا صار للنخلة جذع يتناول منه المتناول فتلك النخلة العضيد فاذا فاتت اليد فهي جبارة . لسان العرب مادة (عضد) جـ ٣ ص ٢٩٤ .

(٢) سنن ابي داود جـ ٣ ص ٤٢٨ - ٤٢٩ . وانظر مختصر سنن ابي داود جـ ٥ ص ٢٣٩ . قال المنذري في سماع الباقر من سمرة بن جندب نظر وقد نقل من مولده ووفاة سمرة ما يتعذر معه سماعه منه . وقيل فيه ما يمكن معه السماع منه . مختصر سنن ابي داود جـ ٥ ص ٢٤٠ .

وجه الدلالة :

أن الانصارى طلب من سمرة المعاوضة او المناقلة لنخله الكائن وسط نخل الانصارى فابى ثم عرض عليه ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجل ان ينهى ارتفاقه بالمرور فى ارض الانصارى . فدل ذلك على ان لسمرة حق المرور فى ارض الانصارى . وحق المرور احد انواع حقوق الارتفاق فدل ذلك على شرعية هذا النوع من حقوق الارتفاق .

...

أما عمل الصحابة :

فقد روى عنهم رضى الله عنهم القضاء بحق الارتفاق ومن ذلك مايلى :

١ - مارواه مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه (أن الضحاك ابن خليفة ساق خليجا له من العريض فاراد ان يمر به فى ارض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك : لم تمنعنى وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد . فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب . فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله . فقال محمد : لا . فقال عمر : لم تمنع اخاك ماينفعه وهو لك نافع تسقى به أولاً وآخرا وهو لا يضرك ؟ فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك . فأمره عمر ان يمر به ففعل الضحاك .)(١) .

---

(١) الموطأ بشرحه المنتقى جـ ٦ ص ٤٥ - ٤٦ .

وجه الدلالة :

أن عمر رضى الله عنه قضى للضحاك باجراء مائه فى ارض محمد بن مسلمة لما فى ذلك من المصلحة لكلا الطرفين وعدم الضرر باى منهما . واجراء المجرى بارض الغير أحد انواع الارتفاق فدل ذلك على مشروعية هذا النوع من حقوق الارتفاق .

٢ - مارواه مالك عن عمرو بن يحى المازنى عن ابيه انه قال : (كان فى حائط جده (١) ربيع (٢) لعبد الرحمن بن عوف . فاراد عبد الرحمن بن عوف ان يحوله الى ناحية من الحائط هى اقرب الى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب فى ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله) (٣) .

وجه الدلالة :

أن عبد الرحمن بن عوف كان يجرى ماءه فى ارض المازنى . وهذا يدل على انه كان لارض عبد الرحمن حق ثابت فى الارتفاق بارض المازنى باجراء الماء فى موضع منها . وقضاء عمر بتحويل مكانه انما هو حل لنزاع فى ارتفاق قائم بالفعل لا فى انشائه . فان الخليفة الراشد رضى الله عنه قضى بينهما بأمر فيه مصلحة لهما . مصلحة لصاحب المجرى بقصر مسافته وسهولة مؤنته

---

(١) هو ابو حسن تميم بن عبد عمرو الانصارى . له صحبة انظر الاصابة ج ١ ص ١٨٥ .
(٢) ربيع : الربيع : هو النهر الصغير . لسان العرب مادة (ربع) ج ٨ ص ١٠٤ .
(٣) موطأ الامام مالك بشرحه المنتقى ج ٦ ص ٤٧ .

وسرعة وصول الماء الى أرضه . ومصلحة لصاحب الارض باقتصار شغل المجرى على مساحة اقل مما كانت فيستفيد بذلك مالكها لتمكنه من شغلها فيما يعود عليه بالنفع . وحق المجرى أحد أنواع الارتفاق فيدل ذلك على شرعية حقوق الارتفاق .

...

حكم(١) حق الارتفـــاق

بذل حق الارتفاق مندوب اليه لأنه احسان ومعروف الى الجار الذى دعا الله سبحانه وتعالى بكتابه وعلى لسان رسوله لاكرامه ، وعمل على ذلك سلف هذه الامة وخلفها حتى صار خلقا يحتذى به .يعرف أهل الخير من أهل الردى فمن احسن الى جاره بتمكينه من سقى ارضه من نهره أو بئــره أو أذن لجاره باجراء مائه عبر ارضه أو اذن له بغرز أخشابه على جداره ونحو ذلك اعتبر محسنا ومسديا للمعروف . وهذا أمر مطلوب شرعا ومندوب اليــه فعلى هذا تكون حقوق الارتفاق من المندوبات . وهذا فى غالب صورهـــا وقد تكون فى بعض الحالات من الواجبات كما لو احتاج الجار الى غرز خشبه فى جدار جاره فانه يجب على صاحب الجدار أن يمكن جاره من ذلك .

---

(١) أقصد بالحكم هنا : الوصف الشرعى الثابت لحقوق الارتفاق من وجوب أو ندب او اباحة او خلاف ذلك . ولا اقصد الحكم بمعنى الاثر المترتــب عليها فان لذلك موضعا آخر .

المبحث الثانى

الحكمة من مشروعية حق الارتفـــــاق

لما كانت الشريعة الاسلامية غايتها مصالح العباد فى العاجل والآجل ورعاية حقوقهم ونشر المحبة بينهم كان مما جاءت به وبينته أحكام حقـــوق الارتفاق .

فحقوق الارتفاق تحقق مصالح جمة . مصالح دينية ومصالح دنيوية .

فالمصالح الدينية : هى ماينتج عن الارتفاق بين الجيران مـــن المودة والرحمة والاحسان . فان من أذن لجاره باتخاذ أرضه ممرا له ، أو رتب له شربا من بئره او قناته . أو مكنه من غرز خشبة فى جداره ونحو ذلـــك يعتبر صاحب فضل واحسان على جاره وبالتالى فلا بد وان يقابل الجـــار الممنوحة له هذه التسهيلات بالامتنان والاكبار لمسديها والشعور بالتفضـل من جاره وبهذا يتم حسن الجوار الذى أمر الله به فى كتابه واكد عليه رسولـــه صلى الله عليه وسلم فيما روته عنه عائشة وابن عمر قال (مازال جبريل يوصينـى بالجار حتى ظننت انه سيورثه) [1] متفق عليه . فينعم المجتمع بروح الاخاء وتسوده المودة والتراحم ويبعد عنه شبح الحقد والنزاع والشقاق وهذا مطلب شرعى .

---

(١) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ١٠ ص ٤٤١ ، صحيح مسلـــم بشرح النووى جـ ١٦ ص ١٧٦ ، ورواه ايضا ابوداود جـ ٤ ص ٤٦٠ ، الحديث رقم (٥١٥١) ، (٥١٥٢) .

أما المصالح الدنيوية : فكثيرة ومن ذلك أن المرتفق يوفر على نفسه كثيرا من العناء والتعب والمال فى سبيل الحصول على مايحتاجه من شرب لارضه او طريق للمرور معه او موضع لتسييل مائه فيه او بناء جدار لغرز خشبه فيه ونحو ذلك فاذا تم له الحصول على ذلك عن طريق الارتفاق بملك جاره وفر على نفسه الجهد والوقت والمال . وايضاح ذلك بالمثال التالى : فلو ان انسانا تحتاج ارضه الى شرب ولم يحصل له ارتفاق بشرب من الغير ، لاحتاج الى ان يحفر بئرا او يسوق جدولا من النهر الى ارضه وهذا سيكلفه مؤنة كثيرة ومشقة بينما لو تيسر له ذلك بالارتفاق بملك جاره لكان سهل التناول قليل المؤنة . وكذا يقال فى سائر انواع الارتفاق التى شرعت لكى يسود الاخاء والتكافل الاجتماعى بين صفوف المسلمين . فان الانسان عضو فى المجتمع الاسلامى الذى وصف بالجسد الواحد اذا تألم أى جزء منه تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى . ومن ذلك اسداء المعروف والاحسان الى الجيران بالتمكين من الارتفاق بعقاره وهذا العقار وان كان ملكا خاصا لصاحبه الا انه قد يتعلق به حق للغير . ومن ذلك حق الارتفاق مالم يترتب على الارتفاق اخلال بالملكية التامة للمالك الاصلى . كالحاق الضرر بالملك او الحيلولة بين المالك والانتفاع بملكه على الوجه المطلوب ، فان هذا لا يعتبر من حقوق الارتفاق بل هو ضرر تجب ازالته .

فمشروعية حقوق الارتفاق تبدو حكمتها ظاهرة عند ازدياد حركة الزراعة واتساع رقعتها وكثرة العمران وتشابك المصالح مما يصعب معه لولا شرعية حقوق الارتفاق الاستمرار فى الانتاج والسير فى رفع مستوى الحياة المعيشية على الطريق الامثل .

فالشريعة الاسلامية شريعة من لدن حكيم خبير حكيم فى أحكامه خبير بما يصلح أحوال عباده ، فجاءت شريعة الله بالعلاج الشافى والنظام الامثل الصالح لكل زمان ومكان .

هذا .. وبعد ان عرفنا حق الارتفاق فما أنواعه ؟ هذا ماسنجيب عليه فى الباب التالى . ان شاء الله .

...

البَابُ الثَّانِي

في أنواع حق الارتفاق

الباب الثانـــــى

فى أنواع حـق الارتفـــــاق

ويشتمل على فصلين :

الفصل الاول : فى بيان أنواع حق الارتفاق .

الفصل الثانى : فى حكم احداث انواع ارتفاق أخرى .

—•—

الفصل الاول

في بيان أنواع حق الارتفـــــاق

تناول الفقهاء رحمهم الله في بحثهم لحقوق الارتفاق انواعا معينة كانت هي الموجودة في وقتهم وحاجة الناس اليها قائمة حينذاك . وهذه الانواع هي :

١ - حق الشرب .

٢ - حق المجرى .

٣ - حق المسيــل .

٤ - حق ~~الطريـق~~ المرور .

٥ - حق الجوار بنوعيه الرأسي والجانبي .

واليك بيان معنى كل نوع من هذه الأنواع :

الاول : حق الشّرب :

تعريف الشرب لغة :

الشرب جاء بالكسر وبالضم وبالفتح . فالشِّرب بالكسر والشُّرب بالضم : اسمان . والشَّرب بالفتح : مصدر شربت اشرب شربا (١) .

فالشِّرب بالكسر : النصيب من الماء . ومنه قوله تعالى (قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) (٢) . قال ابن جرير ويعنى بالشرب الحـــظ

---

(١) (شرب). لسان العرب جـ ١ ص ٤٨٧ ، ص ٤٨٨ ، القاموس المحيط جـ ١ ص ٨٦ ، مختار الصحاح ص ٣١ ، المفردات ص ٢٥٧ ، المصباح المنير جـ ١ ص ٣٢٩ ، تاج العروس جـ ١ ص ٤٨٠ .

(٢) سورة الشعراء آية (١٥٥) .

والنصيب من الماء[1] . وقوله تعالى (كل شرب محتضر)[2] أى كل حظ منه لاحد الفريقين يحضره صاحبه ومستحقه[3] ويطلق الشرب على معان منها : وقت الشرب . والماء الذى يشرب[4] والشرب بالضم : تناول كل مائع ماء كان أو غيره[5] ومنه قوله تعالى : (فشاربون شرب الهيم)[6] قال ابن عباس أى شاربون شرب الابل العطاش[7] .

- تعريف الشرب شرعا :

عرف الحنفية[8] الشرب بعدة تعريفات :

فعرفه الكاسانى[9] فقال :

" هو عبارة عن حق الشرب والسقى "[10] .

---

(١) جامع البيان جـ ١٩ ص ١٠٤ .
(٢) سورة القمر آية (٢٨) .
(٣) تفسير غريب القرآن ص ٤٣٣ .
(٤) لسان العرب جـ ١ ص ٤٨٨ . (شرب)
(٥) القاموس المحيط جـ ١ ص ٨٦ ، مختار الصحاح ص ٣١ ، المفردات ص ٢٥٧ ، المصباح المنير جـ ١ ص ٣٢٩ . (شرب)
(٦) سورة الواقعة آية رقم (٥٥) .
(٧) جامع البيان جـ ٢٧ ص ١٩٥ .
(٨) لم أعثر لغير الحنفية على تعريف للشرب فيما اطلعت عليه من كتب المذاهب .
(٩) الكاسانى : هو الامام ابو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاسانى الحنفى ملك العلماء . كان عالما فقيها متقنا . ألف كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، والسلطان المبين فى اصول الدين وسماه المعتمد فى المعتقد ، توفى سنة ٥٨٧ هـ بحلب .
الجواهر المضيئة جـ ٢ ص ٢٤٤ - ٢٤٥ ، الفوائد البهية ص ٥٣ .
(١٠) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٨ .

وعرفه السرخسي [1] فقال :

" هو النصيب من الماء للاراضي كانت أو لغيرها " [2] .

وعرفه العلامة علاء الدين الحصكفي [3] فقال :

" هو نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزراعة والدواب " [4] .

قلت : وهذه التعريفات غير مانعة لدخول غير المعرف في التعريف حيث شملت شرب بني آدم والدواب وهذا ليس من حق الشرب بالكسر بل من حق الشرب بالضم (الشفة) كما أن التعريف الاول فيه نوع ايهام .

وعُرِّفَ في الفتاوى الهندية بأنه :

" النصيب من الماء للاراضي لا لغيرها " [5] .

---

(١) السرخسي : هو شمس الائمة ابوبكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي . كان اماما علامة حجة متكلما مناظرا اصوليا مجتهدا . املى كتابه المبسوط وهو في السجن بأوزجند كان محبوسا بسبب كلمة نصح بها الخاقان . وله عدة مؤلفات غير المبسوط . توفي في حدود سنة ٤٩٠ هـ وقيل ٥٠٠ هـ .
الفوائد البهية ص ١٥٨ .

(٢) المبسوط جـ ٢٣ ص ١٦١ .

(٣) علاء الدين الحصكفي : هو محمد بن علي بن محمد الحصني الحنفي المعروف بعلاء الدين الحصكفي . ولد بدمشق سنة ١٠٢٥ هـ وكان فقيها محدثا نحويا اصوليا معترفا له بغزارة العلم وكثرة الاطلاع وكان مفتيا في دمشق . له عدة مؤلفات منها في الفقه الدر المختار شرح تنوير الابصار . توفي بدمشق سنة ١٠٨٨ هـ .
خلاصة الاثر : جـ ٤ ص ٦٣ .

(٤) الدر المختار وحاشيته رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨١ وانظر درر الحكام ، جـ ٣ ص ٢٨٣ .

(٥) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٠ .

وعرفه قدري باشا فقال :

" هو نوبة الانتفاع بالماء سقيا للارض او الشجر او الزرع "(١) .

قلت : وهذان التعريفان فيما يظهر لي جامعان لافراد المعرف مانعان من دخول غيره في التعريف . وهما متفقان في المعنى المراد وان اختلفت العبارة . فالاول عبر بالمقدار والنصيب من الماء والثاني عبر بزمن الانتفاع به . وكلاهما يرجعان لمعنى واحد هو الجزء المعلوم من الماء . فالنصيب من الماء لا يكون معلوما الا اذا علم زمانه فهما متلازمان .

كما انهما حصرا الشرب بسقي الارض ومافيها من زرع وشجر ولم يدخلا فيه حق الشفة فكانا مانعين من دخول غير المعرف .

وعلى هذا فأختار هذين التعريفين .

- وتعريف الشُرب - بالضم شرعا - :

هو شرب بني آدم والبهائم .

فهذا التعريف أخص من تعريف الشِرب - بالكسر - لاختصاصه بالانسان والحيوان دون الارض . ويطلق عليه ايضا اسم (الشفة) .

وهذا اطلاق باعتبار أن أصل استعمال بني آدم والبهائم للماء هو الشرب بالشفة والا فالمراد ماهو أعم من ذلك من استعمال للطبخ والوضوء والغسل وغسل الملابس ونحو ذلك وكذا استعمال الحيوان بما يناسب حاله(٢) .

---

(١) مرشد الحيران ص ١١ مادة (٣٨) .

(٢) الدر المختار وحاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨١ .

ولما كان الماء هو أصل الحياة كما قال تعالى (وجعلنا من الماء كل شيء حي)[1] كان لابد لكل كائن حي من شرب الماء سواء كان انسانا أو حيوانا أو نباتا . وقد جاء الشرع الشريف محققا لهذا المطلب الاساسي فشرع حق الشرب من الانهار العامة والانهار الخاصة والعيون والابار والمياه المحرزة فى الاوانى . ولكن يختلف الحال فى كل نوع من هذه الانواع عن الاخر كما يختلف الحكم بالنسبة للمستعمل للماء من كونه انسانا أو حيوانا أو نباتا .

ولما كانت طبيعة حق الارتفاق بالشرب تعنى انتفاع الارض بالسقي مما يمر حولها من مياه البحار او الانهار الكبيرة او الصغيرة اوما يرتب لها من مصادر مياه الارض المجاورة لها . كان من اللازم بيان أنواع هذه المياه وتفصيل أحكامها . وهذا ما سنتحدث عنه عند الكلام عن احكام الارتفاق[2] . ان شاء الله تعالى .

الثانى : حق المَجرى :

تعريف المجرى لغة :

المجرى فى اللغة : اسم مكان صيغ من مصدره وهو الجري . والجرى مصدر جرى يجرى جريا . ومن ذلك قوله تعالى (بسم الله مجراها)[3] ، أى مسمين موضع جريانها[4] يقال جرى الماء : اذا سال . والماء الجارى هو المتدافق فى انحدار او استواء . وجريت الى كذا : قصدت وأسرعت[5] .

---

(١) سورة الأنبياء الآية (٣٠) .

(٢) انظر ص (١٦٢)

(٣) سورة هود الآية (٤١) .

(٤) املاء ما من به الرحمن جـ ٢ ص ٣٩ .

(٥) انظر مادة (جرى) فى القاموس المحيط جـ ٤ ص ٣١٢ ، مختار الصحاح ص ٥٤٢ والمصباح المنير جـ ١ ص ١٠٦ - ١٠٧ ، لسان العرب جـ ١٤ ص ١٤٠ .

تعريف حق المجرى شرعا :

لم يعن الفقهاء المتقدمون بتعريف حق المجرى وان كانوا قد بينوا أحكامه وفصلوا مسائله . ولعل السبب فى ذلك يعود الى وضوح المعنى المراد عندهم .

وقد حاول بعض العلماء المحدثين تعريفه ، فعرفه بعضهم فقال : " معناه أن يكون لعقار على آخر حق مرور الماء الصالح لسقى الزرع أو الشجر منه اذا كان مالك الثانى غير مالك الأول "(١) .

وعرفه بعضهم بأنه : " حق صاحب الارض البعيدة عن مجرى الماء فى اجرائه فى ملك جاره الى أرضه لسقيها "(٢) .

وعرفه بعضهم بأنه : " حق اجراء الماء الصالح فى أرض الغير لايصاله الى الارض المراد سقيها "(٣) .

وهذه التعريفات لاتكاد تجد بينها فرقا فى المعنى .

ويمكن أن نعرف حق المجرى بما نراه أوضح من تلك التعريفات فنقول :

" بأنه حق يثبت [ثابت] لاجراء الماء الصالح فى أرض الغير الى الأرض المحتاجة اليه " .

---

(١) الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة ص ٩٥ ، المدخل للفقه الاسلامى د . عيسوى أحمد عيسوى ص ٣٧٩ .

(٢) الاموال ونظرية العقد ، د . محمد يوسف موسى ، ص ١٧٦ ، الفقه الاسلامى د . فوزى فيض الله ص ٢٧٣ .

(٣) المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د .عبد الكريم زيدان ص ٢٣٥ ، التعسف فى استعمال حق الملكية د .السعيد أحمد الزهاوى ص ٧٧٦ .

شرح التعريف :

قولنا : " حق " : يخرج ماليس بحق كالاجراء بغير وجه مشروع

" يثبت " يخرج ماكان غير ثابت .

" لاجراء الماء الصالح " تحديد لنوع الحق الثابت وهو اجراء ماء صالح للسقى وبهذا يخرج المسيل فانه اجراء الماء غير الصالح أو الزائد عن الحاجة .

" فى ارض الغير " وهذا تحديد لمفهوم المجرى الذى انيطت به الاحكام وبهذا يخرج المجرى فى ملك نفسه فانه غير مقصود هنا ..

" المحتاجة اليه " يخرج بهذا المسيل أيضا ، فانه اجراء لما يقصد التخلص منه كالماء الزائد عن الحاجة .

الفرق بين المجرى والشرب :

لما كان الشرب مرتبطا بالمجرى ارتباطا شديدا كان لابد من ايضاح الفرق بينهما وازالة ماقد يتوهمه البعض من أنهما شىء واحد .

فالشرب هو النصيب من الماء لسقى الزرع والأشجار ونحو ذلك . أما المجرى فهو الموضع الذى يجرى فيه الماء . فالعلاقة بين الشرب والمجرى علاقة الحال بالمحل .

والمجرى قد يكون تابعا لحق الشرب وقد يكون مستقلا عنه .

فيكون تابعا له اذا كان مصدر الماء موجودا فى ارض مجاورة للارض المراد سقيها لأن الشرب يحتاج استيفاؤه الى مجرى يمر فيه الى الارض ذات الشرب وكذا الشرب من الانهار والقنوات العامة حتى ليظن انهما شىء واحد بينما هما شيئان الماء وموضعه .

ويكون المجرى مستقلا عن الشرب اذا كان مصدر الماء الذى تقرر عليه حق الشرب لا يقع فى أرض مجاورة لذات الشرب بل يفصل بينهما أرض أخرى . فاذا تقرر على الارض الفاصلة حق اجراء الماء عبرها كان المتقرر عليهما هو حق المجرى فقط وبهذا ينفصل عن حق الشرب لان كلا منهما متقرر على ارض دون أخرى (١) .

ونظرا لوجود الترابط بين حق الشرب وحق المجرى فان احكامهما متداخلة والفصل بينهما فى بعض الصور غير وارد .

وبما أن المجرى تختلف انواعه فمنه ماهو مملوك لصاحب الارض التى يجرى فيها والمرتفق له حق الاجراء . واما مملوك للمجري فيملك أرضه واما ملكا مشتركا لكل اصحاب الارض التى تحيط به وتنتفع به واما غير مملوك وتختلف الاحكام باختلاف هذه الانواع وسنرجىء الكلام عن تفصيل ذلك الى موضعه عند الكلام عن أحكام حق الارتفاق انشاء الله . (٢)

والان نتكلم عن النوع الثالث من انواع حق الارتفاق وهو حق المسيل .

• • •

---

(١) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى د . محمد الحسينى حنفى ص ٣٢٤ .
(٢) انظر ص (٤٩)

الثالث : حق المسيل :

تعريف المسيل في اللغة :

المسيل : مجرى السيل ، مفعل من سال يسيل سيلا وسالا وسيلا وسيلانا . والسيل مياه الامطار اذا سالت . وسال الشيء خلاف جمد . ويجمع مسيل على مسايل قياسا . ويجمع أيضا على مُسُل وأمسلة ومُسلان على غير قياس . لان مسيلا هو مفعل . ومفعل لا يجمع على ذلك . ولكنهم شبهوه بفعيل توهما منهم أن الميم أصلية كما قالوا رغيف وأرغف وأرغفة ورغفان . ويقال للمسيل أيضا مَسَل (١) .

تعريف حق المسيل شرعا :

لم يعن الفقهاء المتقدمون بتعريف حق المسيل وان كانوا قد بينوا أحكامه . ولعل ذلك يعود الى وضوح المعنى عندهم وتشتت مسائله في عدد من ابواب الفقه .

وقد حاول بعض العلماء المعاصرين تعريفه فقال بعضهم : " حق المسيل : هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة او غير الصالح بارساله في مجرى سطحي أو في أنابيب أعدت لذلك حتى يصل الى مقره من مصرف عام أو مستودع " (٢)

وعرفه بعضهم فقال (حق المسيل : هو أن يكون لشخص حق اسالة المياه

---

(١) انظر مادة (سيل) في لسان العرب ج ١١ ص ٣٥١ ، القاموس المحيط ج ٣ ص ٣٩٩ ، المصباح المنير ج ١ ص ٣٢١ .

(٢) مختصر احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٢٣ ، وانظر المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية لعبد الكريم زيدان ص ٢٣٥ .

ـ أى تصريفها ـ فى ملك غيره لتصل الى المصارف العامة)[1] .

وعرفه بعضهم فقال " حق المسيل : هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت أم ماء أمطار أم ماء غير صالح لرى الاراضى الزراعية ومن المصلحة تسييله "[2] .

وهذه التعاريف لاتكاد تجد بينها فرقا فى المعنى وان اختلفت الألفاظ .

ويمكن أن نعرف حق المسيل بما نراه أوضح وأوجز من تلك التعاريف فنقول :

" حق المسيل : هو حق يثبت لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو الفاسد بتسييله فى أرض الغير الى المصرف المعد لذلك "

شرح التعريف :

قولنا " حق " يخرج ماليس بحق كالتسييل بغير وجه مشروع " لصرف الماء " يخرج المجرى فانه يكون لجلب الماء " الزائد عن الحاجة " ويراد به ماء المطر مثلا اذا فاض عن حاجة الارض فى الشرب منه فانه يرسل .

---

(١) الشريعة الاسلامية لبدران ابى العينين ص ٣٤١ ، وانظر المعاملات الشرعية المالية للشيخ احمد ابراهيم بك ص ٢٤ .

(٢) الملكية ونظرية العقد لابى زهرة ص ١٠٠ ، وانظر التعسف فى استعمال حق الملكية ص ٢٧٧ .

" أو الفاسد " ويراد به المياه المستعملة والمراد بأو التنويع .

" فى أرض الغير " وهذا تحديد لمفهوم المسيل الذى أنيطت به الاحكام . وبهذا يخرج المسيل فى ملك الانسان نفسه فانه لا ارتفاق فيه حينئذ .

٣ الى المصرف المعد لذلك " من بحر أو واد أو بحيرة ونحو ذلك .

الفرق بين المجرى والمسيل :

يتبين من تعريف حق المجرى وحق المسيل الفرق بينهما . فالمجرى يكون لجلب المياه الصالحة للاستعمال والمسيل يكون لتصريف واخراج المياه غير الصالحة او الزائدة عن الحاجة والتخلص منها .

فحق المسيل شرع كى تتخلص الارض مما يعلق بها من ادران وما تخرجه من فضلات بقاؤها يحول دون الاستفادة من الارض على الوجه الاكمل . وللتخلص من المياه غير المرغوب فيها كالمياه المستعملة ومياه الامطار اذا زادت عن الحاجة .

أنواع المسيل :

المسيل أنواع أربعة . الاول : عام وهذا النوع لكل أحد الحق فى تصريف مياهه فيه وذلك كالبحار والانهار والاودية والقنوات التى يضعها الحاكم لتصريف مياه المنازل فلكل الحق فى استعمالها فيما خصصت له على أن لا يضر بالعامة .

والنوع الثانى : خاص بفرد وليس له الا حق التسييل ورقبة المسيل ملك لصاحب الارض كأن يتخذ شخص قناة فى ارض غيره يسيل منها ماءه او ميزابا فى

فى دار جاره او فوق سطحه او يجرى مسيلا فى بستان جاره ليصرف فيه مياه أرضه ونحو ذلك .

والنوع الثالث : خاص بفرد ورقبة المسيل له كان يكون لشخص مسيل ماء محاط بارض الغير من جانبيه .

والنوع الرابع : خاص بجماعة . كما لو اشترك جماعة فى حفر مسيل لاراضيهم او وضع قناة لتصريف مياه منازلهم ونحو ذلك .

وسنبين احكام كل نوع من هذه الانواع عند الحديث عن احكام حقوق الارتفاق [1] . ان شاء الله .

الرابع : حق المرور :

تعريف المرور لغة :

المرور : مصدر مرّ يمرّ مرّاً ومروراً . بمعنى ذهب . يقال : مرّ عليه وبه يمرّ مرّاً : اى اجتاز . وقال ابن سيده : مر يمر مرا ومرورا : جاء وذهب. ومر به ومره : جاز عليه . وهذا قد يجوز ان يكون مما يتعدى بحرف وغير حرف ويجوز ان يكون مما حذف فيه الحرف فاوصل الفعل [2] .

وأمره على الجسر : سلكه فيه ، وأمره به : جعله يمر به [3] .

والممر : موضع المرور [4] .

---

(١) انظر ص (٢٩٧)
(٢) لسان العرب مادة (مرر) جـ ٥ ص ١٦٥ .
(٣) القاموس المحيط مادة (مر) جـ ٢ ص ١٣٢ .
(٤) مختار الصحاح مادة (مرر) ص ١٩٥ .

تعريف حق المرور شرعياً :

لم يعرف الفقهاء المتقدمون حق المرور وانما عرفه بعض المحدثين فعرفه بعضهم فقال : " هو أن يكون لشخص الحق في أن يمر من ملك جاره الى ملكه وحده أو بدوابه ونحوها "(١) .

وعرفه بعضهم فقال : " هو حق مرور الانسان الى ملكه من طريق عام او من طريق خاص في ملك غيره "(٢) .

وعرفه بعضهم فقال : " هو أن يثبت لشخص حق السير في ملك غيره ليصل الى ملكه سواء كان ملك هذا الغير داراً أو أرضاً زراعية "(٣) .

وهذه التعريفات لا فرق بينها في المعنى في الجملة وان اختلفت عباراتها .

ويمكن أن نعرف حق المرور فنقول : (هو حق يثبت للمرور في أرض الغير الى أرض أخرى مملوكة لآخر) .

شرح التعريف :

قولنا : (حق) اشارة الى أن المرور لابد ان يكون ثابتاً بسبب ما فمن لا حق له لا مرور له . ومقدار هذا الحق يكون بحسب ما تقرر له فمن ثبت له حق المرور بنفسه ليس له أن يمر بدوابه وآلياته ومن ثبت له حق المرور بها فليس

---

(١) المعاملات الشرعية المالية للشيخ احمد ابراهيم بك ص ٢٤ ، وانظر الفقه الاسلامي ومحمد فوزي فيض الله ص ٢٨٠ .

(٢) مختصر احكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٣ ، وانظر التعسف في استعمال حق الملكية ص ٧٧٩ ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، د . عبدالكريم زيدان ص ٢٣٦ .

(٣) الشريعة الاسلامية د . بدران أبوالعينين ص ٣٤٢ .

لصاحب الملك منعه من استيفائه .

وقولنا " للمرور " لبيان نوع الارتفاق وهو مجرد المرور .

وقولنا " فى أرض " شامل للدار والارض الزراعية الخاصة والعامة .

وقولنا " الغير " لاخراج مرور الانسان فى أرضه فانه ملكه وله أن يتصرف فيه بما يشاء . والمراد بالغير مايعم الملك الخاص بفرد او جماعة والاماكن العامة كالشوارع والساحات ونحوها .

وقولنا " الى ارض أخرى " يخرج ما اذا لم يتعد المرور الارض الى غيرها فاقتصر على السير داخل الارض .

وقولنا " مملوكة لآخر " يخرج ما اذا كانت الارضان مملوكتين لشخص واحد فالمرور بينهما حينئذ بمقتضى الملك لا حق ارتفاق .

هذا وحق المرور انما يكون فى الممر والممر اما أن يكون فى ملك خاص كجار او فى طريق خاص او فى طريق عام وكل نوع من هذه تختلف طبيعة الارتفاق به عن الآخر كما أنه يتعلق بها أنواع ارتفاق اخرى كاشراع الاجنحة والميازيب عليها وفتح الابواب والنوافذ . وسنفصل كل ذلك عند الكلام عن احكام حق المرور ان شاء الله (١) .

الخامس : حق الجوار :

تعريف الجوار :

الجوار لغة : مصدر جاور مجاورة وجوارا من باب قاتل . والاسم الجُوار بالضم . والجار : المجاور فى السكن والجمع جيران . ويطلق لفظ الجار

---

(١) انظر ص (٢٢٤)

أيضا على معان كثيرة منها : الشريك فى العقار مقاسما كان أو غير مقاسم والخفير ، والذى يجير غيره - أى يؤمنه مما يخاف - والمستجير ايضا - وهو الذى يطلب الامان - والحليف ، والناصر ، والزوج ، والزوجة (١) .

وعند التأمل فى هذه الاطلاقات نجد أنها لاتخرج عن معنى القرب والالتصاق .

تعريف حق الجوار شرعا :

كما سبق لم يعرف الفقهاء حق الجوار ايضا ونحاول تعريفه فنقول :

" هو حق يثبت للجار على جاره يتمكن به من تمام الانتفاع بملكه " .

وهذا التعريف ظاهر المعنى .

فالارتفاق بالجوار انما يكون بتمكين الجار من الانتفاع بملكه الانتفاع التام وهذا له حالتان : احداهما ايجابية وهى أن يمكن الجار جاره من استخدام جداره بغرز خشبه فيه أو البناء عليه أو ترك فضاء بين الجدران المتهوية والاضاءة ونحو ذلك .

والحالة الثانية : سلبية وهى منع الضرر عن الجار فلايفتح عليه نوافذ وأبوابا ولا يستعمل ملكه فى اغراض تؤذى الجيران بأصواتها أو روائحها أو منظرها ونحو ذلك .

---

(١) مادة (جور) لسان العرب جـ ٤ ص ١٥٣ - ١٥٤ ، القاموس المحيط جـ ١ ص ٣٩٤ ، مختار الصحاح ص ١٤٤ ، المصباح المنير جـ ١ ، ص ١٢٤ - ١٢٥ .

والجوار نوعان :

أحدهما : جوار رأسي ويكون بين العلو والسفل والحقوق بينهما تسمى حق التعلى .

وثانيهما : جوار جانبى ويكون بين المتلاصقين بالجدار بالجنب .

والحقوق بين العلو والسفل اكثرمنها بين المتلاصقين بالجنب نظرالطبيعة نوع الجوار فالحاجة بين العلو والسفل قائمة فى كثير من المسائل التى لا يوجد لها مايماثلها فى الجوار الجانبى فالقرار للعلو، والسقف للسفل ونحو ذلك غير موجود فى الجوار الجانبى .

وقد اعترض الامام أبوزهرة على دخول حق الجوار ضمن حقوق الارتفاق معللا لذلك بالفرق بين حقوق الارتفاق وحقوق الجوار . فحقوق الارتفاق تكليف وعبء على عقار لمنفعة عقار آخر . وهو من نوع الشركة فى العين التى تعلق بها الارتفاق فاذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجرى فى عقار آخر كان بين صاحبى العقارين شركة فى حق الشرب .

أما حقوق الجوار فتقوم على منع الضرر بالجار ضررا بينا فاحشا فى سبيل انتفاع الشخص بملكه فهى تقييد لانتفاع الشخص بملكه بقيد أن لا يضر بجاره .

وبعبارة موجزة أن الفرق بينهما : ان حق الارتفاق حق ايجابى متعلق بالعقار . وأما حق الجوار فحق سلبى ليس الا منعا للضرر(١) .

ويجاب عن اعتراض أبى زهرة بعدم التسليم بما ذكر فان حقوق الجوار ليست سلبية دائما ، وانما منها ماهو سلبى كما ذكر ومنها ماهو ايجابى وخير

---

(١) الملكية ونظرية العقد لابى زهرة ص ١١١ .

شاهد لذلك مانص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما قال (لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه فى جداره) (١) . فتمكين الجار من الانتفاع بجدار جاره حق من حقوق الجوار وأصل من أصول الارتفاق . بل ان الارتفاق انما شرع لوجود العلاقات الجوارية بين العقارات فحق الشرب من شرب أرض مجاورة أو التسييل بأرض الجار او المرور فيها او اجراء الماء فى أرض الجار كما فعل عمر بأرض محمد بن مسلمة (٢) ، كل ذلك من الحقوق التى شرعت بسبب علاقات الجوار فالجوار اذا أصل من الأصول التى تبنى عليها حقوق الارتفاق وتعتبر أسدها .

...

---

(١) انظر ص (٤٥) من الرسالة .
(٢) انظر ص (٥٠) من الرسالة .

الفصل الثانـــي

حكم احداث أنواع ارتفـــاق أخـــرى

حقوق الارتفاق المذكورة فى كتب الفقهاء هى حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق الجوار فلم يتعارف الفقهاء على غيرها ولكن مع مرور الزمن اذا احتاج الناس الى أنواع اخرى وكانت لا تتعارض مع قواعـــد الشريعة فهل تجوز شرعا ؟ أم لا ؟

هذه المسألة تعود الى مسألة اخرى الخلاف قائم فيها بين العلمـاء وهى مسألة الاصل فى العقود والشروط هل هو الاباحة أو الحظر . وقـــد اختلف العلماء فى هذا على قولين :

القول الاول : ان الاصل فى العقود والشروط والتصرفات هو الحـــل والاباحة فمالم يرد دليل على منعه يبقى على أصل الاباحة وبهذا قـــال جمهور العلماء . (١)

وسنسوق بعض عباراتهم لمزيد من الايضاح ودفع اللبس الذى قـــد يتوهمه البعض فينسب اليهم القول بخلاف ماذهبوا اليه .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٥٧ ، ٨٧ ، الموافقات جـ ١ ص ١٩٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٣ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ١٨٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ١٦٠ ، الانصاف جـ ٤ ص ٣٤٠ - ٣٤٤ ، القواعد النورانية ص ١١٢ ، اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٤ .

فمن عبارات الحنفية الدالة على أن الأصل عندهم فى العقود والتصرفات هو الحل ما استدل به ابن الهمام (١) على صحة عقد المفاوضة حيث قال : " عقد المفاوضة تصرف نافع لا مانع منه فى الشرع فوجب صحته (٢) فأثبت صحته اعتمادا على وجود مصلحة فيه مع عدم وجود الدليل المانع .

وقال الكاسانى فى تعليله لجواز شركة العنان " ان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا " (٣) .

وقال الزيلعى (٤) فى مقام الرد على تعليل الشافعية تحريم الربا فى الاشياء الستة المنصوص عليها بالطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان :

---

(١) ابن الهمام : هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود بن حميد الدين بن سعد الدين الفقيه الحنفى الاصولى المتكلم النحوى المشهور بابن الهمام . ولد بالقاهرة سنة ٧٩٠ هـ ، نشأ فى بيت علم وفضل . وكان متواضعا وكان يقول أنا لا أقلد أحدا فى المعقول . له مؤلفات كثيرة منها التحرير فى اصول الفقه ، وفتح القدير فى الفقه . توفى سنة ٨٦١ هـ .
الفوائد البهية ص ١٨٠ ، الفتح المبين جـ ٣ ص ٣٦ - ٣٩ .

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٧ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٥٨ .

(٤) الزيلعى : هو عثمان بن على بن محجن ابو محمد فخر الدين الزيلعى الحنفى كان مشهورا بمعرفة الفقه والنحو والفرائض قدم القاهرة سنة ٧٠٥ ودرس وافتى وقرر وانتقد ونشر الفقه . له مؤلفات منها تبيين الحقائق كنز الدقائق ، توفى سنة ٧٤٣ هـ .
الفوائد البهية ص ١١٦ .

" ولا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت فانما تثبت بالدليل الموجب لها ، وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز مالم يقم الدليل على منعه ، بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسبه التضييق اعزازا له لشرف الادمى "(١) ، فهذه العبارات تدل على أن الأصل عندهم فى التصرفات المتعلقة بالاموال هو الحل لا الحرمة فلا تتوقف صحتها على قيام دليل خاص بذلك وانما يكفى للحكم بصحتها ان تكون مشتملة على فائدة مقصودة ومحصلة للمحصلة مع انتفاء المانع الشرعى منها .

ومن عبارات المالكية الدالة على قولهم بأن الأصل فى العقود والتصرفات والشروط الاباحة ماقاله الشاطبى (٢) عند بيانه لأنواع الشروط مع مشروطاتها " والقاعدة المستمرة ... التفرقة بين العبادات والمعاملات . فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة لمشروطه ـ دون أن تظهر الملاءمة . لان الاصل فيها التعبد دون الالتفات الى المعانى . والاصل فيها ان لا يقدم عليها الا باذن . اذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات فكذلك مايتعلق بها من الشروط ، وماكان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة لمشروطه ـ لان الاصل فيها الالتفات الى المعانى دون التعبد ، والاصل فيها الاذن حتى يدل الدليل على خلافه "(٣) .

---

(١) تبيين الحقائق ج ٤ ص ٨٧ .

(٢) الشاطبى : هو ابو اسحاق ابراهيم بن موسى الغرناطى الشهير بالشاطبى المالكى العلامة المؤلف المحقق النظار احد الجهابذة الاخيار الفقيه الاصولى المفسر المحدث الورع الزاهد . له مؤلفات نفيسة منها الموافقات وهو من المجددين فى التاليف كما يظهر ذلك فى كتابه السابق وكتابه الاعتصام . توفى سنة ٧٩٠ هـ . شجرة النور الزكية ص ٢٣١ .

(٣) الموافقات ج ١ ص ١٩٢ .

ومن عبارات الشافعية ماقاله الفخر الرازي (١) عند تفسير قوله تعالى (ولا تفسدوا في الارض بعد اصلاحها) (٢) : " هذه الاية دالة على أن كل عقد وقع التراضي عليه بين الخصمين فانه انعقد وصح وثبت ، لان رفعه بعد ثبوته يكون افسادا بعد الاصلاح والنص دل على انه لا يجوز ، اذا ثبت هذا فنقول : ان مدلول هذه من هذا الوجه متأكد بعموم قوله تعالى (اوفوا بالعقود) (٣) وبعموم قوله تعالى (لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون) (٤) وتحت قوله (والذين هم لامانتهم وعهدهم راعون) (٥) وتحت سائر العمومات الواردة في وجوب الوفاء بالعهود والعقود ، اذا ثبت هذا فنقول : ان وجدنا نصا دالا على ان بعض العقود التي وقع التراضي به من الجانبين غير صحيح قضينا فيه بالبطلان تقديما للخاص على العام والا حكمنا فيه بالصحة رعاية لمدلول هذه العمومات" (٦) .

---

(١) فخر الدين الرازي : هو ابوعبدالله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن التيمي البكر الطبرستاني الرازي الملقب بفخرالدين المعروف بابن الخطيب . الفقيه الشافعي الاصولي المتكلم النظار المفسر الاديب الشاعر الحكيم الفيلسوف الفلكي ولد بالري سنة ٥٤٤ هـ كان شديدا الخوارج والطوائف المارقة من الدين . كان يعظ باللسانين العربي والعجمي له مصنفات كثيرة منها اساس التقديس في علم الكلام ومعالم الاصول . توفى سنة ٦٠٦ هـ بهراة .
طبقات الشافعية للسبكي جـ٥ ص ٣٣ ، البداية والنهاية جـ١٣ ص ٥٥ .

(٢) سورة الاعراف اية رقم (٥٦) .
(٣) سورة المائدة آية رقم (١) .
(٤) سورة الصف آية رقم (٢-٣) .
(٥) سورة المعارج آية رقم (٣٢) .
(٦) التفسير الكبير جـ ١٤ ص ١٣٤ .

ويقول شيخ الاسلام أحمد بن تيمية " ان تصرفات العباد من الاقوال والافعال نوعان : عبادات يصلح بها دينهم وعادات يحتاجون اليها في دنياهم . فباستقراء اصول الشريعة نعلم ان العبادات التي اوجبها الله أو احبها لا يثبت الامر بها الا بالشرع .

واما العادات : فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون اليه والاصل فيه عدم الحظر فلا يحظر منه الا ما حظره الله سبحانه وتعالى وذلك لان الامر والنهي هما شرع الله . والعبادة لابد ان يكون مامورا بها . فمالم يثبت انه مأمور به كيف يحكم عليه بأنه محظور؟ ولهذا كان الامام احمد وغيره من فقهاء اهل الحديث يقولون : ان الاصل في العبادات التوقيف فلايشرع منها الا ماشرعه الله والا دخلنا في معنى قوله تعالى ﴿أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين مالم يأذن به الله﴾ [1] .

والعادات الاصل فيها العفو فلا يحظر منها الا ما حرمه والا دخلنا في معنى قوله تعالى ﴿قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا﴾ [2] . ولهذا ذم الله المشركين الذين شرعوا من الدين مالم يأذن به الله وحرموا مالم يحرمه في سورة الانعام (من اية ١٣٦ الى آخر اية ١٣٨) [3] .

---

(١) سورة الشورى اية (١١) .
(٢) سورة يونس آية رقم (٥٩) .
(٣) القواعد النورانية ص ١١٢ .

وقد نص العلامة ابن القيم(١) على أن هذا هو رأى جمهور العلماء فقال " وجمهور الفقهاء على .... أن الاصل فى العقود والشروط الصحة الا ما أبطله الشارع أو نهى عنه ، وهذا القول هو الصحيح فان الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم ومعلوم انه لا حرام الا ما حرمه الله ورسوله ولا تأثيم الا ما أثم الله ورسوله به فاعله "(٢) .

واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقد ورد فيه مايدل على وجوب الوفاء بكل التزام لم يخالف قواعد الشرع من ذلك قوله تعالى (وأوفوا بالعهد)(٣) وقوله

---

(١) ابن القيم : هو شيخ الاسلام محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد ابن حريز الزرعى الدمشقى الملقب بشمس الدين المعروف بابن قيم الجوزية ، الفقيه الحنبلى الاصولى المحدث النحوى الاديب الواعظ الخطيب ولد سنة ٦٩١ بدمشق لازم شيخ الاسلام ابن تيمية وكان جرئ الجنان شجاعا فى الحق عالما بالخلاف ومذاهب السلف اضطهد وأوذى وسجن فى سبيل اعلانه للحق له مصنفات كثيرة جدا منها أعلام الموقعين توفى بدمشق سنة ٧٥١ هـ .
شذرات الذهب جـ ٦ ص ١٦٨ ، البداية والنهاية جـ ١٤ ص ٢٣٤-٢٣٥ ، الذيل على طبقات الحنابلة جـ ٢ ص ٤٤٧-٤٥٢ .

(٢) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٤ .

(٣) سورة الاسراء آية رقم (٣٤) .

تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) [١] ، وقوله تعالى (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) [٢] ، وقوله تعالى (والموفون بعهدهم اذا عاهدوا) [٣] وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون . كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون) [٤] . وقوله تعالى (بلى من أوفى بعهده واتقى فان الله يحب المتقين) [٥] .

وجه الاستدلال :

ان الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعهود والعقود والشروط وامتدح الموفين بذلك . فدل ذلك على أن الاصل هو لزوم الوفاء بكل عهد أو عقد أو شرط . وعليه فكل التزام يعتبر صحيحا مالم يقم دليل على بطلانه بخصوصه .

وأما السنة :

فما رواه عمرو بن عوف المزني رضى الله عنه (ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او أحل حراما . والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل

---

(١) سورة المائدة آية رقم (١)
(٢) سورة المؤمنون آية رقم (٨) .
(٣) سورة البقرة آية رقم (١٧٧) .
(٤) سورة الصف آية رقم (٢-٣) .
(٥) سورة آل عمران آية رقم (٧٦) .

حراما) رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح (١) .

وجه الاستدلال :

أن النبى صلى الله عليه وسلم بين أن الشروط التى تتم بين المسلمين لازمة والوفاء بها واجب مالم تتعارض مع أدلة الشرع من تحليل حرام او تحريم حلال فكل مايشترطه المرء جائز وصحيح مالم يدل الدليل على تحريمه وعلى هذا فيكون الاصل فى الشروط هو ~~الحل~~ الجواز مالم تتعارض مع الأدلة

---

(١) جامع الترمذى مع شرحه تحفة الاحوذى جـ ٢ ص ٢٨٤ ، بلوغ المرام ص ١٧٩ ، وانظر منتقى الاخيار مع شرحه جـ ٥ ص ٢٨٦ . وأنكر على الترمذى تصحيحه لهذا الحديث لانه من رواية كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف جدا كذبه الشافعى وابوداود وتركه أحمد نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٨٧ . وقد اعتذر الحافظ ابن حجر عن الترمذى فى تصحيحه لهذا الحديث فقال : وكانه اعتبره بكثرة طرقه بلوغ المرام ص ١٧٩ : وذلك لانه رواه ابوداود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن ابى هريرة . قال الحاكم على شرطهما . وصححه ابن حبان وحسنه الترمذى . واخرجه ايضا الحاكم من حديث انس ، واخرجه ايضا من حديث عائشة وكذلك الدارقطنى . واخرجه احمد من حديث سليمان بن بلال عن العلا عن أبيه عن أبى هريرة واخرجه ابن ابى شيبة عن عطاء مرسلا . واخرجه البيهقى من رواية كثير بن زيد ومن رواية كثير بن عبد الله وقال انهما اذا انضمتا قويتا كما اخرجه أيضا موقوفا على عمر كتبه الى ابى موسى ، السنن الكبرى جـ ٦ ص ٦٤ - ٦٥ وقد صرح الحافظ بان اسناد حديث انس واسناد حديث عائشة واهيان . وضعف ابن حزم حديث ابى هريرة . وقد روى من طريق عبد الله بن الحسين المصيصى وهو ثقة . وكثير ابن زيد المذكور قال ابوزرعة : صدوق ووثقه ابن معين والوليد بن رباح صدوق .
وهذه الاحاديث والطرق يقوى بعضها بعضا فأقل احوالها ان يكون المتن الذى اجتمعت عليه حسنا .
انظر نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٨٧ ، تحفة الاحوذى جـ ٢ ص ٢٨٤ ، فتح البارى جـ ٤ ص ٤٥١ - ٤٥٢ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٥٧ .

وأما المعقول فقالوا :

ان رضا المتعاقدين أصل فى صحة العقود وما يترتب عليها من الآثار تابع لما يوجبانه على أنفسهما بالتعاقد يشهد لهذا الاصل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١) فلم يشترط فى التجارة الا التراضى . وهذا يقتضى ان التراضى هو المبيح للتجارة واذا كان كذلك كان التراضى اصلا فى التمليكات جميعا فيجب أن يحكم بصحة كل ما يتراضى عليه العاقدان ويتفقان على الالتزام به فيما بينهما . الا أن يتضمن اباحة ما ورد الشرع بتحريمه والنهى عنه (٢) .

ومما يدل أيضا على اعتبار الرضا فى سائر العقود ما ورد فى شأن ما تتبرع به النساء لازواجهن من مهورهن من قوله تعالى (فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) (٣) فقد علق سبحانه جواز الاكل من الصداق بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل هذا على انه سبب لحل الاخذ واذا كان طيب النفس هو المبيح لاخذ الصداق او شىء منه فكذلك سائر التبرعات بالقياس عليه (٤) .

القول الثانى :

أن الاصل فى العقود والشروط والتصرفات هو الحظر فكل عقد أو عهد أو شرط أو وعد باطل الا ما جاء نص باجازته باسمه . وبهذا قال الظاهرية (٥)

---

(١) سورة النساء آية رقم (٢٩) .
(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٦٧ .
(٣) سورة النساء آية رقم (٤) .
(٤) نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٦٧ .
(٥) الاحكام فى اصول الاحكام جـ ٥ ص ٥٩٣ ، ٥٩٨ ، ٦١٣ .

واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقد استدلوا [1] بالآيات التالية :

١ - قوله تعالى (اليوم أكملت لكم دينكم) [2] .

وجه الاستدلال :

ان الله سبحانه وتعالى بين أن الدين قد كمل فلا يحل منه الا ماقد احله ولا يحرم منه الا ما حرمه . والعقود والشروط والعهود ونحوها قد بين الدين ماكان منها حلالا فلا يقال ان هناك شيئا من الشروط أو العقود ونحوها جائزاً . مما لم ينص عليه والا لزم عليه ان يكون الدين لم يكمل .

٢ - استدلوا بقوله تعالى (ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) [3] وقوله (ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها) [4]

وجه الدلالة :

ان الله سبحانه بين انه يجب الوقوف عند حدوده وان مجاوزتها ظلم وتعد ومن حدود الله مابينه من عقود وعهود وشروط فالالتزام بغير ماورد النص على انه جائز يعتبر تعديا على حدود الله والملتزم به يعتبر من الظالمين . ومن المتوعدين بالخلود بالنار .

---

(١) الاحكام فى أصول الاحكام جـ ٥ ص ٥٩٨ .
(٢) سورة المائدة آية رقم (٣) .
(٣) سورة البقرة آية رقم (٢٢٩) .
(٤) سورة النساء آية رقم (١٤) .

وأما السنة فاستدلوا بالاحاديث التالية :

١ - ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من أحدث فى أمرنا هذا ماليس منه فهو رد) رواه البخارى[1] ومسلم[2] . وفى رواية لمسلم[3] (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) .

وجه الاستدلال :

ان النبى صلى الله عليه وسلم بين أن كل عمل لم يرد فيه أمر الشرع مردود ومن ذلك العقود والشروط ونحوها فكل مالم يرد فيه نص من الشارع على جوازه يعتبر مردودا . قال ابن حزم[4] "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه الا ماصح ان يكون عقدا جاء النص او الاجماع بالزامه باسمه او باباحة التزامه بعينه " .

٢ - وعنها رضى الله عنها قالت : (جاءتنى بريرة فقالت : كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقيّة فاعينينى . فقالت : ان احبوا ان اعدها لهم ويكون ولاؤك لى فعلت . فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم : فأبوا عليها فجاءت من عندهم - ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس - فقالت : انى عرضت ذلك عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم . فسمع النبى صلى الله عليه وسلم . فأخبرت عائشة النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ٣٠١ .
(٢) صحيح مسلم مع شرح النووى جـ ١٢ ص ١٦ .
(٣) صحيح مسلم مع شرح النووى جـ ١٢ ص ١٦ .
(٤) الاحكام فى اصول الاحكام جـ ٥ ص ١٥ .

فقال : خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق . ففعلت عائشة . ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال : مابال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط . قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق) متفق عليه [1] واللفظ للبخاري .

وجه الاستدلال على مافهم من كتب الظاهرية :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم بين ان الشروط الصحيحة هو ماورد ذكرها في كتاب الله وان ماعداها باطل . فدل ذلك على أن الاصل في العقود والشروط والعهود هو الحظر الا مادل الدليل على اباحته . قال ابن حزم [2] " ان هذا الخبر برهان قاطع في ابطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الامر به او النص على اباحة عقده لان العقود والعهود والاوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك) .

---

(١) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري جـ ٥ ص ٣٢٦ ، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٠ ص ١٤٠ .

(٢) الاحكام في اصول الاحكام جـ ٥ ص ٥٩٩ .

واما المعقول فقالوا :

ان من أوجب الوفاء بعقد أو عهد او شرط أو وعد ليس فى نص القرآن أو السنة الثابتة ايجابه لا يخلو من أحد أربعة أوجه لا خامس لها .

اما ان يكون التزم فيه اباحة ما حرم الله تعالى ، واما ان يكون التزم فيه تحريم ما اباحه الله تعالى واما ان يكون التزم فيه اسقاط ما أوجبه الله تعالى واما أن يكون أوجب مالم يوجبه الله تعالى وكل واحد من هذه الاوجه ذا خطر عظيم لا يحل ارتكابه ويعتبر تعديا لحدود الله وخروجا عن الدين . (١)

...

مناقشة الأدلة :

ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر فناقش اصحاب القول الثانى أدلة القول الاول فقالوا : ان كل ماذكروا من الايات والاحاديث لا حجة لهم فى شئ منه فقد جاء من النصوص ما يبين انها ليست على عمومها وانما هى فى بعض العقود وبعض الشروط وبعض العهود وبعض النذور . من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم فيما روته عنه عائشة (لا نذر فى معصية الله) (٢) .

---

(١) الاحكام فى اصول الاحكام جـ ٥ ص ٥٩٩-٦٠٠ .

(٢) الحديث رواه الخمسة واحتج به احمد المسند جـ ٦ ص ٢٤٧ ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ٣١٥ رقم (٣٢٩٠) ، سنن النسائى جـ ٧ ص ١٨ ، جامع الترمذى بشرحه تحفة الاحوذى جـ ٢ ص ٣٦٧ ، سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٨٦ رقم (١٢٥) ، سنن البيهقى جـ ١٠ ص ٦٩ .

وقوله صلى الله عليه وسلم فيما روته عنه عائشة (من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعص الله فلا يعصه)[1] .

وقوله صلى الله عليه وسلم السابق ذكره : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) . قال ابن حزم "فصح بهذه النصوص أن تلك الآيات والاحاديث انما هي فيمن شرط أو نذر اوعقد اوعاهد على ماجاء القرآن او السنة بالزامه فقط"[2] .

وقالوا ايضا ان حديث (المسلمون على شروطهم) لا يصح لضعف رواته في بعض الطرق وجهلهم في طرق اخرى وكلها لا تصلح للاحتجاج وقالوا : انه لو صح الحديث لكان حجة لنا لا علينا بدليل ان الرسول صلى الله عليه وسلم اضاف فيه الشروط الى المسلمين ولا شروط للمسلمين الا الشروط التي اباح الله تعالى في القرآن أو السنة[3] .

ورد أصحاب القول الاول على مناقشة أصحاب القول الثاني بمايلي :

قالوا : ان جعل الايات والاحاديث قاصرة على بعض العقود والشروط والعهود تخصيص بلا مخصص وابطال لما دلت عليه من العموم[4] فان

---

(١) الحديث رواه الجماعة الا مسلما . صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ج١١ ص ٥٨٥ ، سنن ابي داود ج٣ ص ٥ ٣١ رقم الحديث (٣٢٨٩) سنن النسائي ج ٧ ص ١٦ ، جامع الترمذي بشرح تحفة الاحوذي ج ٢ ص ٣٦٧ ، سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٨٧ ، رقم الحديث (٢١٢٦) سنن البيهقي ج١٠ ص ٦٨ ، مسند احمد ج٦ ص ٣٦ ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

(٢) الاحكام في اصول الاحكام ج٥ ص ٦٠٠ ، وانظر ص ٦١٣ .

(٣) الاحكام في اصول الاحكام ج ٥ ص ٦٠٨

(٤) اعلام الموقعين ج١ ص ٣٨٨ .

قوله تعالى (أوفوا بالعقود) [1] قد جاءت فيه لفظة العقود بصيغة الجمع المحلى بـ (أل) الاستغراقية فتدل على العموم والاستغراق لكل ما يعقده الانسان ويلتزم به ولا يجوز قصره على بعض العقود الا بدليل وحيث لا دليل فيجب ابقاؤه على عمومه .

واما اعتراضهم على حديث (المسلمون على شروطهم) بعدم صحته ، فقد بينا الروايات التي وردت فيه ودرجة رجالها وانها بمجموعها تصلح للاحتجاج حيث ترتفع الى درجة الحديث الحسن [2] .

وأما قولهم ان الحديث لو صح لكان حجة لهم بدليل اضافة الشروط الى المسلمين ، وهي الشروط التي ورد النص على اباحتها في القرآن والسنة .

فيجاب عنه : بأن الحديث يدل على صحة كل شرط يشترطه المسلم سواء ورد النص على اباحته في القرآن والسنة او لم يرد ذلك مالم يكن مخالفا للقرآن والسنة فالحديث جاء باطلاق صحة كل شرط لم يرد في الشرع النهي عنه . واضافة الشروط الى المسلمين دليل على ما قلنا لا ما زعمتم .

اذا تبين هذا فيجاب عن أدلة أصحاب القول الثاني بما يلي :

١ - ان استدلالهم بقوله تعالى (اليوم أكملت لكم دينكم) [3] استدلال في غير محله فان الاية تدل على كمال الدين ولا خلاف في هذا . وموضع النزاع هو صحة ما لم ينص على اباحته من العقود ونحوها في الكتاب

---

(١) سورة المائدة آية رقم (١) .
(٢) انظر هامش ص (٨١)
(٣) سورة المائدة آية رقم (٣) .

والسنة أو عدم صحته . والآيات التى سبق أن ذكرت عند الاستدلال لاصحاب القول الاول تدل على ان العقود والشروط والعهود صحيحة مالم تخالف الأدلة الشرعية فتصحيح اى عقد لم ينص على صحته لا يلزم منه اضافة شئ جديد الى الدين مادام الشارع لم ينه عنه .

٢ - واستدلالهم بقوله تعالى (ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)[1] وقوله تعالى (ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها)[2] أيضا استدلال فى غير محل النزاع فالآيتان الكريمتان ليس فيهما ما يدل على ما ذهبوا اليه . اذ هما واردتان فيمن يخالف شرع الله بترك ما أمر به أو فعل ما نهى عن فعله كما يدل على ذلك كلمة (يتعد) فالتعدى معناه مخالفة المشروع لا فعل ما سكت عنه الشرع قال العلامة ابن القيم[3] " وتعدى حدود الله هو تحريم ما أحله الله او اباحة ما حرمه او اسقاط ما اوجبه لا اباحة ما سكت عنه وعفا عنه . بل تحريمه هو نفس تعدى حدوده " .

٣ - ويجاب عن استدلالهم بحديث عائشة (من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد) : بأنه لا يدل الا على ابطال الشروط والعقود التى تخالف امر الشارع وحكمه اذ هى التى يصح ان يقال فيها انها ليست على امر المسلمين ولا خلاف فى هذا اما الشروط والعقود التى لم يرد عن الشارع ما يدل على تحريمها وفسادها فلا يقال فيها ذلك لانه ليس فيها

---

(١) سورة البقرة اية رقم (٢٢٩) .
(٢) سورة النساء اية رقم ١٤) .
(٣) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٩ .

مايخالف نصا فى الدين حتى يحكم ببطلانها .

٤ - ويجاب عن احتجاجهم بحديث عائشة مع بريرة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (ماكان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل) الحديث بعدم التسليم بأن المراد بالشرط الذى نفاه الرسول صلى الله عليه وسلم وحكم ببطلانه هو مالم ينص عليه فى القرآن فان المراد بكتاب الله الوارد ذكره فى الحديث هو حكمه لا القرآن كقوله تعالى (كتاب الله عليكم)(١) اى حكمه وقوله صلى الله عليه وسلم (كتاب الله القصاص فى كسر السن) اى حكمه . وبدليل ان كثيرا من الشروط الصحيحة جاءت بها السنة وعلى هذا نقول ان المراد بكتاب الله فى الحديث هو حكمه وكل شرط ليس فى حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلا . بدليل ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال فى آخر الحديث (قضاء الله أحق وشرط الله أوثق) فان كلمتا أحق وأوثق تدلان على ان ثم قضاء آخر وشرطا آخر ليس أحق ولا أوثق وهذا انما يصدق فى حال يتحقق فيها حكم لله فى شىء وحكم لغيره فيه يخالف ذلك الحكم فحينئذ يقال قضاء الله أحق وشرط الله أوثق . اى ان ما حكم الله به والزمه عباده اثبت مما خالفه وهو المعتبر دون ماعداه . اما الشرط الذى لم يحكم الشارع فيه بتحليل ولا بتحريم فلا يقال فيه قضاء الله أحق وشرطه أوثق . لانه ليس هناك حكم لله حتى نتبعه ونترك مايخالفه قال ابن القيم(٢) (ومعلوم ان كل شرط ليس فى حكم الله فهو مخالف له

---

(١) سورة النساء الآية رقم (٢٤) .
(٢) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٩ .

فيكون باطلا فاذا كان الله ورسوله صلى الله عليه وسلم قد حكم بأن الولاء للمعتق فشرط خلاف ذلك يكون شرطا مخالفا لحكم الله . ولكن أين فى هذا ان ماسكت عن تحريمه من العقود والشروط يكون باطلا حراما) .

٥ - واجيب عن اسئلة لا لهم بالمعقول . وانه لابد من تضمن كل شرط او عقد ليس فى النصوص ايجابه ولا الاذن فيه لأحد الأوجه الأربعة التى ذكروها : بعدم التسليم فان هناك قسما خامسا وهو : ما اباح الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التى ملكه اياها فيباشر المرء من الأسباب مايحل له ماكان محرما عليه قبل ذلك كعقد النكاح فانه يبيح وطء المرأة المعقود عليها بعد ان كان ذلك حراما او يباشر من الاسباب مايحرم عليه ماكان حلالا له قبل ذلك كالطلاق البائن . أو يوجب عليه مالم يكن واجبا كالنذر او يسقط وجوبه بعد ان كان واجبا كنفقة الزوجة المطلقة بعد انقضاء العدة . وليس فى ذلك تغيير لا حكام الله بل كل ذلك من احكامه سبحانه فهو الذى احل وحرم واوجب واسقط وانما الى العبد الاسباب المقتضية لتلك الاحكام ليس الا (١) .

قال ابن القيم بعد ان ذكر قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) (٢) : " فأباح الله التجارة التى تراضى بها المتبايعان فاذا تراضيا على شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك ولا يجوز الزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله به ولا هما التزماه . ولا ابطال ماشرطاه مما لم يحرم الله ورسوله

---

(١) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٩ .
(٢) سورة النساء الآية (٢٩) .
(٣)

عليهما شرطه ومحرم الحلال كمحلل الحرام فهؤلاء الغوا من شروط المتعاقدين

مالم يلغه الله ورسوله "(١) .

الراجح :

من هذه المناقشة يتبين لى أن الراجح هو رأى القائلين بان الاصل فى

العقود والشروط والعهود الاباحة مالم يدل الدليل على خلافه . لما ذكروه

من الأدلة مع ضعف استدلال اصحاب القول الثانى لدعواهم . والله أعلم .

وبناء على هذا فانه لا مانع شرعا من احداث حقوق ارتفاق غير ماذكر

بشرط ان تتوفر فيها الاسباب والشروط المتوفرة فى الانواع المذكورة وان لا تشتمل

على ما يتنافى مع قواعد الشرع واصوله . لان حقوق الارتفاق ماهى الا شروط

فى الانتفاع ببعض المنافع فاذا اتفق شخصان مثلا على ان يجعل احدهما

لعقار جاره حقا فى الانتفاع بعقاره غيرما ذكر وكان على وفق ما سبق ذكره

جاز . والله أعلم .

هذا وبعد ان عرفنا حقوق الارتفاق فما أسباب انشائها ؟ هذا ما سنجيب

عليه فى الباب التالى : ان شاء الله .

...

---

(١) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٩٠ .

البَابُ الثَّالِثُ

في أسباب إنشاء حق الارتفاق

البـــاب الثالث

• • •

أسباب انشـــاء حـــق الارتفـــاق

تنشأ حقوق الارتفاق بأحد الأسباب التالية :

السبب الاول : الشركة العامة :

المراد بذلك اشتراك عامة الناس في المرافق ذات النفع العام كالبحار والانهار العظيمة والطرق والمجارى والمصارف العامة ونحو ذلك.

فكل عقار متصل بمرفق من المرافق العامة له حق ارتفاق عليه بحسب طبيعة ما خصص له ذلك المرفق .

فللارض الزراعية المتصلة بمروى عام او القريبة منه حق ارتفاق عليه هو حق الشرب منه . كما ان لكل أحد حق الشفة فيه . قال في الهداية (١) :
" ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الاراضى ". ولكل أحد حق المرور في الشارع النافذ كما ان لكل دار تقع على احد جانبيه حق فتح الابواب والنوافذ عليه قال النووى (٢) : "اما النافذ فالناس كلهم يستحقون المرور فيه وليس لاحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور". وقال ايضا (٣) " ويجوز لكل أحد ان يفتح الابواب من ملكه الى الشارع كيف شاء " .

ولكل عقار متصل بمصرف عام للمياه حق ارتفاق عليه هو حق تسييل المياه المستعملة او الفاضلة عن الحاجة او مياه الامطار في هذا المسيل العام .

---

(١) الهداية جـ ٨ ص ١٤٤ ، وانظر الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١١ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١١٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٥ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٩ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٣ ، المنتقى جـ ٦ ص ٣٢ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٤ .

(٣) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٤ .

وهذا الارتفاق فى جميع مسائله وصوره مشروط بعدم الحاق الضرر بالعامة . فاذا ترتب على أخذ شرب لارض معينة من النهر العام ضرر بأهل النهر منع تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة قال قاضيخان (١): " وعن ابى يوسف رحمه الله انه سئل عن نهر مرو وهو نهر عظيم اذا دخل مرو كان ماؤه بين اهلها كوى بالحصص لكل قوم كوة معروفة فاحيا رجل أرضا ميتة لم يكن لها شرب من هذا النهر فكرى لها نهرا من فوق مرو فى موضع لا يملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك النهر العظيم . قال : ان كان هذا النهر الحادث يضر بأهل مرو ضررا بينا فى مائهم ليس له ذلك ويمنعه السلطان عن ذلك وكذا لكل احد ان يمنعه لان ماء النهر العظيم حق العامة ولكل واحد من العامة دفع الضرر " .

وكذا يقال فى الارتفاق بالطريق والتعلى فاذا كان ينتج عن ارتفاق واحد من الناس ضرر بعامتهم فانه يمنع منه فمن اراد اخراج اجزاء من بنائه الى الشارع العام كالجناح* والساباط* وكان فعله هذا يؤثر على المارة فلا يمكن من ذلك (٢) . قال الغزالى فى منكرات الشارع (٣) : " فمن المنكرات المعتادة فيها وضع الاسطوانات وبناء الدكات (٤) متصلة بالابنية المملوكة

---

(١) فتاوى قاضيخان جـ ٣ ص ٢٠٩ .
(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٦-٤٠٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٤ .
(٣) احياء علوم الدين جـ ٧ ص ٦١ ، وانظر شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٦٩ .
(٤) الاسطوانات : جمع اسطوانة وهى السارية ، المصباح المنير جـ ١ ص ٢٩٦ مادة (سطن) .
(٥) الدكات : جمع دكة وهى المكان المرتفع يجلس عليه وهى المسطبة . معرب ـ المصباح المنير جـ ١ ص ٢١٢ مادة (دكك) .
* سيأتى شرح هاتين اللفظتين .

وغرس الاشجار واخراج الرواشن (١) والاجنحة (٢) ، ووضع الخشب واحمال الحبوب والاطعمة على الطرق فكل ذلك منكر ان كان يؤدى الى تضييق الطرق واستضرار المارة وان لم يؤد الى ضرر اصلا لسعة الطريق فلا يمنع منه " .

وكذا يقال فى سائر انواع الارتفاق . فكل ارتفاق خاص يلحق ضررا بارتفاق العامة فانه يزال ويمنع منه مراعاة لمصلحة العامة .

...

السبب الثاني : المعاوضة :

تثبت حقوق الارتفاق تارة بعقود المعاوضة، وثبوتها بهذا السبب اما ان يكون باشتراطها ضمن العقد تبعا لغيرها كبيع حق الشرب تبعا للارض التى تشرب منه، واما ان يكون بالمعاوضة عنها منفردة وتفصيل ذلك كما يلى :

أولا : ثبوت حق من حقوق الارتفاق باشتراطه فى العقد تبعا لغيره .

ثبوت حق من حقوق الارتفاق ضمن عقد البيع قد يكون من جانب المشترى وقد يكون من جانب البائع . فاذا اشترى شخص ارضا على ان يكون لها حق

---

(١) الرواشن : جمع روشن وهو الرف . لسان العرب مادة (رشن) جـ ١٣ ص ١٨١ .

(٢) الاجنحة : جمع جناح وهو من الطائر مايخفق به فى الطيران ومن الانسان يداه وجناحا العسكر : جانباه وجناحا الوادى مجريان عن يمينه وشماله وقيل كل شئ جعلته فى نظام فهو جناح . لسان العرب مادة (جنح) جـ ٢ ص ٤٢٨ - ٤٢٩ . والمراد بالجناح هنا : هو مايبرز من جانب البناء الى الطريق على اطراف خشب او حجر ونحو ذلك ، انظر المطلع على ابواب المقنع ص ٢٥١ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٦٩ .

شرب من ماء أرض أخرى مملوكة للبائع أو حق مرور فيها او حق تسييل المياه الزائدة عن الحاجة او المستعملة فيها كان بيعا لحق الشرب والمرور والتسييل تبعا لغيره التزم به البائع ورتبه على ارضه للارض التى باعها . واذا باع شخص ارضا على ان يكون عليها حق ارتفاق لارض اخرى كاشتراطه ان تشرب من ماء هذه الارض المبيعة او يكون له حق المرور فيها الى أرضه او يبيع شخص لاخر سفل دار على ان يكون له حق التعلى ونحو ذلك فهل تجوز كل هذه الصور ؟

أما بالنسبة لحق الشرب فقد نص العلماء على أنه يجوز بيعه ضمن غيره حتى عند القائلين بمنع بيع الشرب منفردا قال الكاسانى " ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعا للارض . ويجوز ان يجعل الشئ تبعا لغيره وان كان لا يجعله مقصودا بنفسه كأطراف الحيوان "(١) . وقال فى الفتاوى البزازية " ولو باع ارضا مع شرب ارض اخرى جاز "(٢) . وقال المرداوى (٣) " اذا صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث والربع ونحوهما جاز وكان بيعا للقرار

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٩ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٤ ، ارد المحتار جـ ٤ ص ١١٨ ، جـ ٥ ص ٢٨٧ ، الهداية ونتائج الافكار جـ ٨ ص ١٥٠ ، الهداية وشرحها فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٤ .

(٢) الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١٢١ ، وانظر تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٣ .

(٣) المرداوى : هو ابو الحسن علاء الدين على بن سليمان بن احمد بن المرداوى السعدى الحنبلى الامام المحقق شيخ المذهب الحنبلى ومصححه ولد سنة ٨١٧ هـ ببلد مردا اشتغل بالعلم وصنف كتبا كثيرة منها الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف . توفى بدمشق سنة ٨٨٥ هـ شذرات الذهب جـ ٧ ص ٣٤٠ - ٣٤١ ، الضوء اللامع جـ ٥ ص ٢٢٥ .

والماء تابع له "(١) . فجوز هؤلاء بيع الشرب تبعا للارض أو البئر أو القرار (٢) معللين لذلك بأن البيع فى الاصل وقع على غير الشرب فليس الشرب مقصودا فى العقد وانما وقع تبعا لغيره وهذا لانهم -كما سيأتى بيانه- يمنعون من بيع الشرب منفردا .

بل ان الحنفية اوجدوا مخرجا لمن مات وعليه دين وله شرب بدون أرض كى يوفى عنه دينه بقيمة شربه قال فى الهداية : " الاصح ان يضمه الامام الى ارض لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين . وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين" (٣) .

وأما الحقوق الارتفاقية الاخرى فيجوز بيعها ضمن غيرها ايضا .

ففى المسيل والطريق ذكر الفقهاء ان من باع دارا وذكر فى البيع ان الحقوق داخلة فى المبيع ان المسيل والطريق الخاص فى ملك انسان آخر تتبع المبيع وان لم يذكر ذلك فلا تدخل فى البيع . قال الكاسانى :" واما مسيل الماء والطريق الخاص فى ملك انسان وحق القاء الثلج فان ذكر

---

(١) الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٠ ، وانظر المغنى جـ ٤ ص ٥٤٨ .

(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٢ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٦٧ ، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٣٢٠ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٦٣ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٦ .

(٣) الهداية جـ ٨ ص ١٥٠ وانظر تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٣ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٥ .

الحقوق والمرافق يدخل "(١) .

فبيع هذه الحقوق ضمن غيرها جائز فيثبت الارتفاق بها بسبب بيعها ضمن غيرها .

ثانيا : ثبوت حقوق الارتفاق بعقد معاوضة منفردة :

ثبوت حق الارتفاق بعقد معاوضة منفردة للعلماء فيه تفصيل وخلاف نبينه فيما يأتي :

١ - حق الشرب :

للعلماء في حكم ثبوت الارتفاق بالشرب بعقد معاوضة منفردا قولان :

أحدهما : الجواز فللانسان ان يبيع نصيبه من الشرب منفردا الى من يشاء وبهذا قال المالكية (٢) وهو أحد الوجهين عند الشافعية (٣) والحنابلة (٤) وبه اخذ الماوردي (٥) والقاضي أبويعلى (٦) وهو

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٦٥ ، وانظر فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٢ ، رد المحتار جـ ٤ ص ١٩٠ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٣-٣٩٤ .

(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٢ ، ١٩٨ ، جـ ١٠ ص ٢٨٩-٢٩٠ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٦٧ ، الفواكه الدواني جـ ٢ ص ٢٢٠ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٦٣ .

(٣) مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٧٥ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٢١٢ .

(٤) المغني جـ٤ ص ٩٠ ، ٢٩٨ ، ٥٤٩ ، الانصاف جـ٥ ص ٢٥٠ ، وانظر جـ ٦ ص ٣٦٤ .

(٥) الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٤ .

الماوردي : هو ابوالحسن علي بن محمد بن حبيب البصري المعروف بالماوردي الفقيه الشافعي ولد بمصر سنة ٣٦٤ هـ ثم انتقل الى بغداد وتلقى العلم . كان اماما جليلا رفيع الشأن له الباع الطويل في الاصول والفروع على مذهب الشافعي تولى القضاء ببلدان كثيرة له تصانيف كثيرة في الاصول والفقه والحديث والتفسير والسياسة والادب . منها الحاوي في الفقه وكتاب في التفسير ضمنه آراء في القدر مال فيها الى راي المعتزلة . توفي سنة ٤٥٤ هـ ببغداد . طبقات الشافعية للسبكي جـ٣ ص ٣٠٣ ، النجوم الزاهرة جـ ٥ ص ٦٤ ، شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٨٦ ، الفتح المبين جـ١ ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

(٦) الاحكام السلطانية لابي يعلى ص ٢٢٢

رواية عند الحنفية قال بها مشائخ بلخ (١) .

وعللوا لذلك : بأن الشرب ملك كسائر الاملاك فلمن ملكه كامل حق التصرف فيه من بيع وغيره (٢) .

القول الثاني : عدم الجواز . وبهذا قال جمهور الحنفية (٣) وهو الوجه الاخر للشافعية (٤) والمذهب عند الحنابلة (٥) ، واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول .

= أبويعلى : هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن احمد بن الفراء يكنى بابى يعلى المعروف بالقاضى الكبير الفقيه الحنبلى الاصولى المحدث ولد سنة ٣٨٠ هـ صرف وقته من أول حياته فى طلب العلم واستكثر من الشيوخ ولى القضاء بعد الحاح من الخليفة القائم بأمر الله واشترط لقبوله : ان لا يحضر ايام الموكب ولا يخرج فى الاستقبالات الرسمية ولا يقصد دار السلطان اعزازا وأكراما للعلم . وأحيا الله به مكانة القضاء وكان متقدما على فقهاء زمانه وعلمائهم له مصنفات كثيرة منها احكام القران ومنها العدة والكفاية اصول الفقه والاحكام السلطانية . توفى سنة ٤٥٨ هـ ببغداد .
طبقات الحنابلة جـ ٢ ص ١٩٣ ، النجوم الزاهرة جـ ٥ ص ٧٨ ، الفتح المبين جـ ١ ص ٢٤٥ .

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٠٨ ، الهداية ونتائج الافكار جـ ٨ ص ١٥٠-١٥١ الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١٢١ ، رد المحتار ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٨ .

(٢) القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٠ ، ٢١٢ ، وانظر رد المحتار جـ ٤ ص ١١٨ ، نتائج الافكار جـ ٨ ص ١٥١ .

(٣) الهداية جـ ٨ ص ١٥٠ ، العناية جـ ٨ ص ١٥٠ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٩ ، الدر المختار وحاشيته رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٧ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١٢١ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٣ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٢٢ ، جـ ٥ ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١٣ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٦ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١٢ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٥٦ .

(٥) الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٠ ، جـ ٦ ص ٣٦٦ ، المغنى جـ ٤ ص ٩٠ ، ص ٢٩٨ ، ص ٥٤٩ ، المحرر جـ ١ ص ٣٦٨ . كشاف القناع جـ ٣ ص ١٦٠ .

أما السنة فاحاديث وردت فى هذا الشأن منها :

١ - ماروى عن جابر رضى الله عنه قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء) رواه مسلم وابن ماجه وابوداود [١] .

وجه الاستدلال :

أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع فضل الماء وهذا النهى يشمل بيع حق الشرب لان الشرب المبيع يعتبر ماء زائدا عن حاجة البائع فيشمله النهى وقد قال الامام احمد رحمه الله : " لا يعجبنى بيع الماء البتة . قال الاثرم : سمعت ابا عبد الله - يعنى الامام احمد - يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه ارضهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومى ولا احتاج اليه . أكريه بدراهم . قال : ماأدرى أما النبى صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع الماء . قيل : انه ليس يبيعه انما يكريه . قال : انما احتالوا بهذا ليحسنوه فاى شىء هذا الا البيع" [٢] .

فقد أجاب الامام احمد رحمه الله بالمنع من بيع حق الشرب مفردا ، تمسكا بما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم من النهى عن بيع فضل الماء وان ماسميت به تلك المعاملة لاتختلف فى حقيقتها عن البيع والقصد المعاوضة والعبرة بالحقائق والمعانى لا الالفاظ والمبانى .

فصاحب الشرب أحق به مادام محتاجا اليه . فاذا استغنى عنه لم يجز له

---

(١) صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢٢٨ ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٢٨ ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ٣٧٨ رقم الحديث (٣٤٧٨) وانظر سبل السلام جـ ٣ ص ١٣ ، المغنى جـ ٤ ص ٩٠ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ .

(٢) زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٦٠ ، المغنى جـ ٤ ص ٩٠ .

الاعتياض عنه وكان المحتاج اليه أولى به .

٢ - ماروى عن رجل من الصحابة قال غزوت مع النبى صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول : (المسلمون شركاء فى ثلاث : الكلأ والماء والنار) رواه احمد وابوداود (١).

وجه الاستدلال :

أن النبى صلى الله عليه وسلم بين اشتراك المسلمين فى الماء وهذه شركة اباحة فلا يجوز لاحد الشركاء ان يبيع على شريكه شيئا مما ابيح لهما . قال الصنعانى "فلو كان فى أرضه أو داره عين نابعة أو بئر احتفرها فانه لا يملك الماء بل حقه فى تقديمه فى الانتفاع به على غيره" (٢)

٣ - ماروى عن عبدالله بن عمرو (أن قَيِّمَ (٣) أرضه بالوَهْط (٤) كتب اليه يخبره أنه سقى ارضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفا ، فكتب

---

(١) ترتيب مسند الامام احمد جـ ١٥ ص ١٣٢ ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ٧٧٣ رقم الحديث ٣٤٧٧ قال الحافظ ابن حجر رجاله ثقات بلوغ المرام ص ١٩٠ ، فتح البارى جـ ٥ ص ٣٢ وحسنه السيوطى وجهاله الصحابى لا تضر . بلوغ الامانى جـ ١٥ ص ١٣٢ وروى الحديث ابن ماجه بلفظ آخر عن ابى هريرة رضى الله عنه مرفوعا : (ثلاث لا يمنعن الكلأ والماء والنار) سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٢٦ . والحديث من رواية محمد بن عبدالله بن يزيد ثنا سفيان بن ابى الزناد عن الاعرج عن ابى هريرة . قال الحافظ ابن حجر اسناده صحيح . فتح البارى جـ ٥ ص ٣٢ . وقال البوصيرى فى الزوائد : هذا اسناد صحيح رجاله موثقون لان محمد بن عبدالله بن يزيد ابا يحي المكى وثقه النسائى وابن ابى حاتم وغيرهما . وباقى رجال الاسناد على شرط الشيخين . الزوائد مع سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٢٦ .

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٨٥ .

(٣) قيم : القيم هو العامل الذى يقوم باصلاح الارض والأشجار .

(٤) الوهط : بفتح الواو واسكان الهاء . وهى مزرعة عنب لعمرو بن العاص بالطائف كانت على ألف ألف خشبة . هامش الخراج ليحي بن آدم ص ١٠٥ .

اليه عبد الله بن عمرو : أن لا تبعه ولكن أقِم قِلْدَك (١) ثم أسق الأدنى فالأدنى فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع فضل الماء) (٢) .

وجه الاستدلال :

ان عبد الله بن عمرو فهم من نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء تحريم بيع الشرب فمنع عامله من بيع الزائد عن حاجة أرضه بهذا الثمن الكثير ثلاثين ألفا . وأمره ببذله لمن يحتاجه فدل ذلك على عدم جواز بيع الماء الزائد عن الحاجة وانه يصرف لمن يحتاجه بدون مقابل .

---

(١) قلدك : بكسر القاف وسكون اللام وفي اللسان اراد بقلده يوم سقيه ماله أى اذا سقيت ارضك فاعط من يليك . واصل القلد بفتح القاف : جمع الماء الى الماء . لسان العرب مادة قلد ج ٣ ص ٣٦٥ .

(٢) الاموال لابي عبيد ص ٣٧٩ - ٣٨٠ وجاء في الخراج ليحي بن آدم ص ١٠٥ عن سالم مولى عبد الله بن عمرو قال : (اعطوني بفضل الماء من أرضه بالوهط ثلاثين الفا ...) ورواه ابو يوسف في الخراج ص ١٠٤ عن محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده بأطول مما هنا . وروى الامام احمد في المسند ج ٢ ص ١٨٠ عن أبي النضر عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى : (ان عبد الله بن عمرو كتب الى عامل له على أرض له ان لا تمنع فضل مائك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله يوم القيامة فضله . قال احمد شاكر : وهذا شاهد قوى للقصة . فان سليمان بن موسى ثقة معروف بالرواية عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده . فلعله سمعه من عمرو . هامش الخراج ليحي بن آدم ص ١٠٦ .

واورد الحديث الهيثمي وقال رواه احمد وفيه محمد بن راشد الخزاعي وهو ثقة وقد ضعفه بعضهم .

بلوغ الاماني ج ١٥ ص ١٣٣ .

وأما المعقول فقد استدل به الحنفية :

فقالوا : انه لا يجوز بيع الشرب : "اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم". (١)

وقال الكاسانى : وأما الشرب فانه "لا يجوز بيعه منفردا بان باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقى والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء" (٢).

ومنشأ الخلاف فيما يظهر انه يرجع الى الاختلاف فى كون الماء يملك قبل الاحراز أولا ، فمن قال انه لا يدخل فى الملك الا بالاحراز قال بمنع بيع الشرب لعدم ملكه له . ومن قال : انه يدخل فى الملكية بدون ذلك كما لو كان البئر أو العين أو النهر خاصا فى ملك انسان . قال : بجواز بيع الشرب لانه حينئذ بيع مال مملوك لصاحبه فله كامل حق التصرف فيه من بيع وغيره . قال مجد الدين ابن تيمية (٣) : "ومن أحيا أرضا فظهر بها معدن جامد فهو له . فأما ماؤها وكلؤها ومعدنها الجارى

---

(١) الهداية جـ ٨ ص ١٥٠ وانظر العناية وحاشية سعدى جلبى فى نفس الصفحة.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٩.

(٣) مجد الدين ابن تيمية : هو أبو البركات شيخ الاسلام عبد السلام ابن عبد الله بن أبى القاسم الخضر بن محمد بن محمد بن على بن تيمية الحرانى الفقيه الحنبلى الامام المقرئ المحدث المفسر الاصولى النحوى . ولد بحران سنة ٥٩٠ هـ . صنف كتابه جنة الناظر وهو ابن ستة عشر عاما ، اشتهر بالذكاء والحفظ وكان بارعا فى كثير من العلوم من مصنفاته المنتقى فى الحديث والمسودة فى أصول الفقه زاد فيها ولده عبد الحليم ثم حفيده ابو العباس . توفى سنة ٦٥٢ بحران .
ذيل طبقات الحنابلة جـ ٢ ص ٢٤٩ ، شذرات الذهب جـ ٥ ص ٢٥٧.

فلا يملكه . ولا يجوز بيع شيء منه قبل حيازته . وعنه له ذلك و يملكها"(١) .
فرتب القولين بمنع البيع وجوازه على التملك ففي رواية المنع من التملك
لا يجوز البيع . وفي رواية القول بجواز التملك يجوز البيع .

الراجح :

الذي يظهر لي أن الراجح هو القول بمنع بيع الشرب منفردا لما ورد في ذلك من الاحاديث الصحيحة التي تنهى عن بيع الماء وقد فهم من هذا النهي بعض كبار الصحابة والائمة المنع من بيع الشرب كما اسلفنا في بيان ما حصل من عبد الله بن عمرو مع قيم أرضه ، وما أجاب به الامام احمد لمن سأله عن بيع الشرب .

ويجاب عن تعليل اصحاب القول الاول :

بان التصرف فيما يملكه الانسان من حقوق بالبيع وغيره جائز في غير ما ورد النص على منعه فالاحاديث الواردة في منع بيع الشرب تخص عموم ما يدل على أن للانسان كامل حق التصرف في ملكه . وعلى هذا فلا يثبت حق الشرب بالبيع منفردا عن غيره .

...

---

(١) المحرر ج ١ ص ٣٦٨ ، وانظر الهداية لابي الخطاب ج ١ ص ٢١٠ ، القواعد في الفقه الاسلامي ص ٢١٢ ، الانصاف ج ٦ ص ٣٦٤ ، ٣٦٦ .

٢ - المجرى :

أما الارتفاق بالمجرى بعقد معاوضة استقلالا فقد فصل الكلام فيه كل من الشافعية والحنابلة(١) ففيما اذا كان العقد بيعا ، يرى الشافعية(٢) جواز ذلك بشرطين :

أحدهما : معرفة موضع المجرى .

والثاني : معرفة الطول والعرض والعمق .

- ويرى الحنابلة :(٣) أن بيع حق الاجراء يعتبر اجارة في حقيقة الامر لان بيع حق الاجراء يبقى ملك الرقبة لصاحب الارض . أما لو كان البيع على موضع المجرى فلا يشترط معرفة العمق حينئذ لان من ملك الموضع كان له الى تخوم الارض فلا حاجة لاشتراط معرفة ذلك .

وما ذهب اليه الحنابلة هو الراجح فيما يظهر لي لان بيع الانسان موضعا من أرضه يقتضي ان يملك المشتري سطح الموضع وتخومه . أما بيع حق الاجراء فقط فانه يبقى معه رقبة الارض ملكا للبائع وحينئذ فان البائع قد يعترض على المجرى في تعميقه للمجرى وهذا يثير بينهما النزاع فلا بد من معرفة العمق والحالة هذه منعا للنزاع . هذا مايظهر لي والله أعلم .

---

(١) لم اعثر لغيرهما على كلام في هذا الموضوع فيما اطلعت عليه من كتب المذاهب والحنفية منعوا من بيع حق المسيل للجهالة كما سياتي .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٢ .

(٣) المغني جـ ٤ ص ٥٤٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠١ .

واذا كان الارتفاق بالمجرى بعقد اجارة فيرى الشافعية [١] والحنابلة [٢] جواز ذلك بالشروط التالية :

١ - بيان موضع المجرى وطوله وعرضه وعمقه .

٢ - بيان قدر المدة [٣] .

٣ - أن يكون الموضع محفورا . والا فلا يصح لان المستاجر لا يملك الحفر [٤] .

والذى يظهر لى ان هذا الشرط الاخير يغنى عنه الشرط الاول ، فان بيان موضع المجرى كاف فى تحديد المراد اما اشتراط كونه محفورا فلا يظهر لى وجه الحاجة الى اشتراطه اذا اتفقا على موضع معين من الارض يكون مجرى للماء . وفى هذه الحال يكون حفر المجرى على المستأجر او على المؤجر حسب اتفاقهما .

وعلى هذا فان حق المجرى يجوز انشاؤه بعقد معاوضة منفردا

...

٣ - المسيل :

اختلف العلماء فى ثبوت الارتفاق بالمسيل بعقد معاوضة منفردا على قولين :

القول الاول : عدم جواز ذلك سواء أكان على سطح ام على الارض . وبهذا قال الحنفية .

---

(١) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ .

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٤٦ - ٥٤٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠١ .

(٣) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٢ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٩١ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٤٦ .

(٤) مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٩١ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٢ .

وعللوا لذلك بأن الارتفاق بالمسيل أمر مجهول لا يمكن ضبطه وهذا شامل للمسيل على السطح والمسيل على الارض وينفرد المسيل على السطح بأمر آخر وهو أنه تعلق بما ليس بمال وهو حق التعلي (١). قال في العناية (٢) " وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض . والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلقا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته . والثاني مجهول) .

والظاهر انه يستوى عندهم في المنع أن يكون المسيل على السطح ماء مطر أو غيره . والعقد سواء كان بيعا أم اجارة (٣) .

القول الثاني : جواز ذلك سواء اكان ذلك بيعا ام اجارة وسواء أكان المسيل على الارض ام على السطح اذا كان الماء مطرا وبهذا قال الشافعية (٤) والحنابلة (٥) . قال في روضة الطالبين (٦) " من احتاج الى اجراء ماء المطر من على سطح غيره .. فان أذن له فيه باجارة أو إعارة أو بيع جاز " وقال في المغني (٧) " وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على

---

(١) العناية جـ ٥ ص ٢٠٥ ، وانظر فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٥ ، رد المحتار وحاشية الدر المختار جـ ٤ ص ١١٨ - ١١٩ .
(٢) جـ ٥ ص ٢٠٥ ، درر الحكام جـ ١ ص ١٦٥ .
(٣) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤٤١ .
(٤) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ ، ٢١٠ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ .
(٥) المغنى جـ ٤ ص ٥٤٧ ، الفروع جـ ٤ ص ٢٧٣ ، الكافى جـ ٢ ص ٢٠٩ ، شرح منتهى الادارات جـ ٢ ص ٢٦٦ - ٢٧٦ .
(٦) جـ ٤ ص ٢٢١
(٧) جـ ٤ ص ٥٤٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٢ .

سطحه ... جاز " .

وعللوا لذلك بالحاجة الداعية لمثل هذا الارتفاق.

واشترطوا فى المسيل على السطح ثلاثة شروط :

أحدها : بيان الموضع الذى يجرى عليه الماء ومدى قوته وضعفه فقد يتحمل قليل الماء دون كثيره . لئلا يترتب على ذلك النزاع والاختلاف قال فى روضة الطالبين (١) " ثم فى السطح لابد من بيان الموضع الذى يجرى عليه الماء " .

ثانيهما : معرفة مساحة السطوح التى ينحدر الماء منها ليحصل العلم التقريبى بمقدار الماء الذى سيجرى على السطح لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره . قال فى مغنى المحتاج (٢) " ويشترط معرفة السطح الذى يجرى منه الماء سواء كان ببيع او اجارة و اعارة لان المطر يقل بصغره ويكثر بكبره " . وقال ابن قدامة فى المغنى (٣) " اذا كان مايجرى ماؤه معلوما اما بالمشاهدة واما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك .

ثالثها : ان لا يكون له مصرف الى الطريق الا بالتسييل على سطح جاره (٤) .

وهذا الشرط الاخير اراه من باب الضرورة فإن من تعذر عليه تصريف ماء المطر ولم يجد وسيلة الى ذلك الا سطح غيره اعتبر مضطرا ذلك ان ماء المطر لا اختيار للانسان فى الاحتراز عنه فاذا نزل لابد له من مخرج يخرج منه والا

---

(١) جـ ٤ ص ٢٢١ ، وانظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٤٧ .

(٢) جـ ٢ ص ١٩١ ، وانظر روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢٦ .

(٣) جـ ٤ ص ٥٤٧ ، وانظر كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٢

(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ .

أدى الى الحاق الضرر بما نزل عليه وما حوله من املاك الغير فلا ارى حاجة لاشتراط هذا الشرط والله أعلم .

ولم يشترطوا شيئا من هذه الشروط فى حال ما اذا كان المسيل على الارض .

كما لم يشترطوا تحديد مدة للاجارة فى مثل هذا النوع من الارتفاق ، سواء كان على الارض او على السطح معللين لهذا : بان الحاجة تدعو الى عدم التحديد . (١)

الراجح :

الذى يظهر لى من قول العلماء ان الراجح هو القول بجواز ثبوت الارتفاق بالمسيل بعقد معاوضة استقلالا لوجود الحاجة الداعية لذلك .

ويجاب عن الجهالة التى احتج بها الحنفية : بأنها جهالة محتملة لا يترتب عليها اضرار ولا تفضى الى النزاع فى مقابل المصالح المترتبة على ذلك قال النووى " ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر لانه لا يمكن معرفته وهذا عقد جوز للحاجة "(٢) .

ثم ان الحنفية يجيزون ما اشتمل على الجهالة فى بعض الحالات مما تعارف عليه الناس كاجارة الحمام مع الجهل بمقدار الماء ومدة البقاء فى الحمام .

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٥٤٧ ، الكافى جـ ٢ ص ٢٠٩ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٤٨ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ ، وانظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ .

٤ - حق المرور :

الارتفاق بالمرور فى أرض الغير يجوز ان يثبت بعقد معاوضة استقلالا .

وعلى هذا جمهور العلماء (١) . بما فيهم الحنفية المانعون من بيع حقوق الارتفاق الاخرى كحق الشرب والمسيل والتعلى فانهم قالوا بجواز بيع حق المرور فى المشهور من المذهب واخذ به عامة مشايخهم وعليه الفتوى عندهم . قال علاء الدين الحصكفى فى الدر المختار " وصح بيع حق المرور تبعا للارض بلا خلاف ومقصودا وحده فى رواية وبه أخذ عامة المشائخ " (٢) قال ابن عابدين (٣) معلقا على ذلك : وهو الصحيح وعليه الفتوى (٤) .

وعللوا للقول بجواز بيع حق المرور مع منعهم لغيره من الحقوق كحق المسيل : بالفرق بينهما . فان حق المرور متعلق بمحل معلوم هو الطريق اما حق التسييل فان كان على الارض فمجهول لجهالة محله ، وان كان على السطح فهو كحق التعلى وحق التعلى ليس متعلقا بما هو مال بل بالهواء (٥)

---

(١) المدونة جـ ١٤ ص ٤٦٣ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٠ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٨ .

(٢) جـ ٤ ص ١١٨ .

(٣) ابن عابدين : هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد بن عبد الرحيم المعروف بابن عابدين ولد بدمشق سنة ١١٩٨ هـ نبغ فى علوم شتى تفقه على مذهب ابى حنيفة له مؤلفات كثيرة اشهرها رد المحتار توفى سنة ١٢٥٢ هـ . الفتح المبين جـ ٣ ص ١٤٧-١٤٨ .

(٤) رد المحتار ، جـ ٤ ص ١١٨ ، الهداية وشرحيها فتح القدير والعناية جـ ٥ ص ٢٠٥ .

(٥) الهداية جـ ٥ ص ٢٠٥ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٥-٢٠٦ .

وعلل ابن الهمام للفرق بين حق المرور حيث يجوز بيعه مستقلا وحق التعلي حيث لا يجوز فقال : "ان حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين . اما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال "(١) .

والرواية الثانية للحنفية انه لا يجوز الارتفاق بالمرور بعقد معاوضة عنه مستقلا (٢) .

وعللوا لذلك : بأن المرور حق والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع(٣)

وعلل الكرخي لذلك : بوجود الجهالة فلايصح (٤) البيع.

الراجح :

والذى أميل اليه هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء من جواز الارتفاق بحق المرور بعقد معاوضة عنه مستقلا لوجود المصلحة مع انتفاء مايعارض ذلك من النصوص .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٦ .
(٢) الدر المختار رد المحتار جـ ٤ ص ١١٨ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٥ ، العناية جـ ٥ ص ٢٠٥ .
(٣) العناية جـ ٥ ص ٢٠٥ ، وانظر فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٦ .
(٤) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٥ .

وما ذكره بعض الحنفية من عدم الجواز لوجود الجهالة يجاب عنه بانها جهالة يسيرة محتملة لا تفضى الى النزاع بينما الحاجة اليه ماسة مراعاة لمصلحة الناس فيكون جائزا . والله أعلم .

...

خامسا : الجــوار

ونبين هذا فى مسألتين :

الاولى : الجوار الجانبي :

فيرى الشافعية (١) والحنابلة (٢) جواز الارتفاق بجدار الجار بعقد معاوضة من بيع او اجارة سواء اكان ذلك الارتفاق بالبناء على جدار الجار ام بوضع الخشب عليه . قال فى المغنى (٣) " وان اذن له فى وضع خشبه او البناء على جداره بعوض جاز سواء اكان اجارة فى مدة معلومة اوصلحا على وضعه على التابيد ومتى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه اوسقوط الحائط اوغير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض " .

---

(١) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٩ - ٢٢٠ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢١١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٨ .

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٩ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٠ ، ٤٠٣ ، ٤١٢ ، ٤١٣ ، المحرر جـ ١ ص ٣٤٣ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٥ ، قواعد ابن رجب ص ٢١١ .

ولم اعثر لغير الشافعية والحنابلة من الفقهاء على كلام فى هذه المسألة فيما اطلعت عليه من كتب المذاهب بعد بحث واستقصاء قدر الجهد .

(٣) جـ ٤ ص ٥٥٩ .

واشترطوا لذلك شرطين هما :

١ - بيان قدر الموضع المبنى عليه طولا وعرضا .

٢ - وصف البناء او الخشب المراد وضعها على الجدار بحيث يعرف سمك البناء وطوله وارتفاعه ومادته وكون الجدار منضدة او خالية الاجواف ونوع مادة السقف المحمول عليه ونوع الخشب المراد غرزها ونحو ذلك . قال في المغني (١) " ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والالات من الطين واللبن والاجر وما اشبه ذلك " .

وعللوا لهذه الشروط بأن عدم معرفتها يفضي الى الجهالة التي تكون سببا للاختلاف اذ ما يتحمله نوع من البناء لا يتحمله النوع الاخر . قال في روضة الطالبين (٢) " لان الغرض يختلف بذلك " . وقال في المغني (٣) " لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته " .

وفي وجه للشافعية انه يكفي اطلاق ذكر البناء ويحمل على ما يحتمله المبنى عليه عادة (٤) ولا يشترط التعرض لبيان ما يبنيه عليه لان الاعلام في كل شيء على ما يليق به ويعتاد فيه (٥) .

---

(١) جـ ٤ ص ٥٥٩ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٣ ، وانظر مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٨٩ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ .

(٢) جـ ٤ ص ٢٢١ ، وانظر مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٨٩ .

(٣) جـ ٤ ص ٥٥٩ .

(٤) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٧ .

(٥) فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٧ .

وهذا الوجه فى حقيقته لا يختلف كثيرا عن القول السابق لانه جعل المرجع فى تحديد نوع البناء الى مايتحمله المبنى فى العادة وهذا معلوم بين الناس ومعروف لهم والمعروف عرفا كالمشروط شرطا .

...

الثانية : الجوار الرأسي (حق التعلي) :

ثبوت الارتفاق بالتعلى على ملك الغير بعقد معاوضة مستقلا للعلماء فيه أربعة أقوال .

القول الاول : الجواز مطلقا ، فيجوز ان يبيع انسان علو بيته لاخر ليبنى عليه بناء موصوفا بحيث يعلم قدر ارتفاع البناء والمواد المبنى منها ويجوز ان يبيع علو بيت لم يبن بعد اذا وصف كل من السفل والعلو بحيث يبين (١) قدر ارتفاع كل منهما ومادة بنائه .

ويجوز أن يصالح اهل الطريق غير النافذ او مالك ارض شخصا على ان يخرج فى هواء طريقهم او ارض صاحب الارض جناحا او ساباطا ونحو ذلك

---

(١) الانصاف جـ ٥ ص ٢٥١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٣ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٦٧ .

اذا بين مقدار الارتفاع والبروز في الطريق او الارض .

وهذا هو المذهب عند الحنابلة(١) .

وعللوا لذلك : بأن المعاوضة على العلو هي معاوضة على شيء مملوك وذلك ان الهواء ملك لمالك القرار فجاز له بيعه كالقرار(٢) . قال ابن قدامة : " لانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار "(٣) .

القول الثاني : الجواز في حال ما اذا كان السفل مبنيا او كان غير مبني ولكن اشترط بناؤه ليبني عليه العلو فيجوز بيع العلو في هاتين الحالتين للبناء عليه بناء موصوفا .

وأما بيع الهواء للبناء فيه فلا يجوز وهذا قول المالكية(٤) قال في المدونة : " قلت أرأيت ان باع عشرة أذرع من فوق عشرة أذرع من هواء هو له أيجوز هذا في قول مالك . قال : لا يجوز هذا عندي ولم اسمع من مالك فيه

---

(١) الهداية لابي الخطاب جـ ١ ص ١٦٠ ، المغني جـ ٤ ص ٥٥٣ ، المحرر جـ ١ ص ٣٤٤ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٧ ، التنقيح المشبع ص ١٤٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٧ ، القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب ص ٢١١ .

(٢) المغني جـ ٤ ص ٥٥٣ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٦٧ ، ٢٧٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٣ ، ٤٠٧ .

(٣) المغني جـ ٤ ص ٥٥٣ .

(٤) المدونة جـ ١٠ ص ٢١٩ ، وانظر الفواكه الدواني جـ ٢ ص ٣١٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ٣ ص ١٣ .

شيئا الا ان يشترط له بناء يبنيه لان يبنى هذا فوقه فلا بأس بذلك . قلت : أرأيت ان بعتها فوق سقفى عشرة اذرع فصاعدا وليس فوق سقفى بنيان ايجوز هذا . قال : هذا عندى جائز "(١) .

القول الثالث : الجواز فى حال ما اذا كان السفل مبنيا ليبنى عليه بناء موصوفا واما بيع العلو مع عدم وجود ماينى عليه من بناء سفل فلايجوز ولذا لاتجوز المعاوضة على اشراع الاجنحة والساباط . وهذا قول الشافعية (٢) وهو وجه مرجوح عند الحنابلة قال به القاضى أبويعلى (٣) . وعللوا للمنع من المعاوضة على اشراع الجناح والساباط بان المعاوضة على ذلك معاوضة على الهواء والهواء تبع للقرار فلا يجوز افراده بالبيع (٤) .

وأما بيع علو البناء فيجوز لانه بيع لعين يجوز الانتفاع بها فجاز افرادها بعقد البيع (٥) . قال الماوردى مبينا للفرق بين جواز المعاوضة على البناء على العلو والمنع من المعاوضة على اشراع الجناح ونحوه : " والفرق بينهما يمنع من تساوى حكمهما وذلك ان الصلح على اخراج الجناح صلح على الهواء الذى لا يملك فلم يجز أن يملك به عوضا . والصلح على البناء على السقف

---

(١) جـ ١٠ ص ٢١٩ .

(٢) الام جـ ٣ ص ٢٢٢ ، ٢٢٦ ، الحاوى للماوردى لوح ٦٩ ، ٨٤ ، مختصر المزنى ص ١٠٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٧ ، ٢١٩ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣١٠ ، ٣٢٥ ، ٣٢٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢٥ ، كفاية الاخبار جـ ١ ص ٥١٧-٥١٩ .

(٣) الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٨ ، الهداية لابى الخطاب جـ ١ ص ١٦٠ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٥٣ .

(٤) فتح العزيز جـ ١ ص ٣١٠ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٣ ، ١٨٤ ، الحاوى جـ ٧ لوح ٦٩ .

(٥) الحاوى جـ ٧ لوح ٨٤ .

صلح على مملوك فجاز ان يملك به عوضا كما لو صالحه على البناء في قراره" (١)

القول الرابع : المنع مطلقا فلا يجوز بيع حق التعلي بأية صورة كانت . وبهذا قال الحنفية (٢) وقال به المزني (٣) من الشافعية (٤) وهو قول ابن حزم (٥) .

وعلل الحنفية لذلك : بأن حق التعلي ليس بمال ولا هو حق متعلق بالمال . اما كونه ليس بمال فلان المال عين يمكن احرازها وامساكها وليس حق التعلي كذلك . واما كونه ليس بمتعلق بالمال فلانه حق تعلق بالهواء

---

(١) الحاوي جـ ٧ لوح ٨٤ .
(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٤ ، رد المحتار جـ ٤ ص ١٠١ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٦٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٥١ .
(٣) المزني : هو ابو ابراهيم اسماعيل بن يحي بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق المزني نسبة الى مزينة قبيلة اصلها باليمن . ولد بمصر سنة ١٧٥ هـ تتلمذ على الشافعي ولازمه حتى كان اخص تلاميذه . وكان عالما زاهدا ورعا . قال عنه الشافعي : (لو ناظر المزني الشيطان لغلبه) . وقال : (المزني ناصر مذهبي) وكان متمكنا في الفقه والاصول . وله عدة مؤلفات اعتمد عليها الشافعية في مذهبهم منها المختصر ، الجامع الكبير ، والجامع الصغير . توفي سنة ٢٦٤ هـ بالفسطاط .
طبقات الشافعية جـ ١ ص ٢٣٨ ، مفتاح السعادة جـ ٢ ص ٥٨ ، شذرات الذهب جـ ٢ ص ١٠٨ ، وفيات الاعيان جـ ١ ص ٨٨ .
(٤) مختصر المزني ص ١٠٧ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٥ ، ص ٣٣٨ ، الحاوي جـ ٧ لوح ٨٤ ، ٨٥ .
(٥) المحلى جـ ٩ ص ٦٣٤ .

والهواء ليس بمال يباع . والمبيع لابد ان يكون احد هذين الامرين [١] . قال ابن الهمام : (اذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلى . وحق التعلى ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد ان يكون أحدهما" [٢] .

وأما ابن حزم فله فى منع بيع حق التعلى نظر خاص. وهو انه يرى ان بيع حق التعلى لا يخلو . اما ان يكون بيعا لذات الهواء وهو لا يجوز لان الهواء متجدد ومتموج ولا يستقر فى مكان ولا يمكن امساكه فبيعه اذا بيع لغير مقدور على تسليمه وبيع لما لا يملك وبيع غرر وبيع مجهول . وكل واحد من هذه الامور مانع من صحة البيع .

واما أن يكون بيعا للمكان لا للهواء . والمكان معدوم لانه ليس هناك مكان أصلا غير الهواء فبيع المكان انما هو فى حقيقته بيع لمعدوم .

واما ان يكون بيعا لسطح سقفه وجدرانه . وهذا باطل لان حقيقته انه شرط له ان يهدم شيئا من سقفه ورؤوس جدرانه وهذا شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وحرام .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٤ ، رد المحتار جـ ٤ ص ١٠١ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٥١ .
(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٤

أما بيع السقف فحلال وجائز . ويلزم المشتري بازالة ما اشترى عن مكان ملك الغير (١) . ويقصد ابن حزم بهذا الاخير بيع المواد المكون منها السقف كالطين واللبن والخشب والاسمنت والحديد ونحو ذلك .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح ما ذهب اليه اصحاب القول الاول من جواز ثبوت الارتفاق بالتعلى بعقد معاوضة استقلالا سواء كان التعلى بالبناء على سطح وجدار او بروز في الهواء كاشراع الجناح والساباط . لان العلو على اى وجه كان يشغل حيزا من ملك صاحب القرار . وصاحب القرار يجوز له أن يتصرف فى هواء قراره بسائر انواع التصرفات ولا يجوز لاحد ان يتعدى عليه .

ولان العلو ايضا يمكن ضبطه ووصفه بتحديد مساحته وارتفاعه تحديدا دقيقا مما لا يجعل للغرر والجهالة فيه مدخلا .

ويجاب عما احتج به الحنفية من قولهم ان التعلى ليس بمال ولا متعلقا بالمال وما كان كذلك لا يجوز بيعه : يجاب عنه : بان حصر المال فيما ذكروه لا مستند له . لا من منقول ولا معقول ذلك ان الغاية من المال هو ما اشتمل عليه من المنفعة فكل ما لا منفعة فيه لا قيمة له والاعيان انما تزيد قيمتها وتنقص بحسب مقطر ما اشتملت عليه من المنافع فالمنفعة هى المقصودة من الاعيان . والعلو منفعته ظاهرة .

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ٦٣٣ - ٦٣٤ ، وانظر جـ ٨ ص ٥٦٠-٥٦١ .

ولو سلمنا أن البيع لا يصح الا بما كان مالا او هو متعلق به فان حق التعلى متعلق بالمال لتعلقه بالقرار ولا يخالف الحنفية ان القرار مال فيصح بيعه اذا . بل ان الشافعية يرون أن العلو اذا كان على سطح ونحوه انه عين كقراره .

ويجاب عما ذهب اليه ابن حزم : بأن بيع العلو انما هو بيع لمكان موجود يمكن تحديده ووصفه بما لا يختلف فيه ولا يترتب عليه غرر ولا ضرر ، ولا جهالة فكل هذه المحاذير غير واردة فى بيع حق التعلى والعمل على جواز بيعه جار فى وقتنا من غير اشكال فان الاجنحة مشرعة فى هواء الشوارع النافذة وغير النافذة بعوض وبغير عوض ولم يترتب على ذلك نزاع ولا خلاف ولا جهالة .

فأهل الخبرة والمختصون بتصاميم المبانى يضعون فى مخططات البناء وصفا دقيقا مبينين فيه مقدار مساحة بروز الجناح وقدر ارتفاعه عن الارض مما لا يدع مجالا للبس والاختلاف .

وعلى هذا فان حق التعلى ينشأ بعقد معاوضة منفردا .

هذا ما ظهر لى والله أعلم .

• • •

السبب الثالث : التبرع :

لا خلاف بين الفقهاء في جواز ثبوت حقوق الارتفاق بطريق التبرع فاذا اذن شخص لاخر بحق من حقوق الارتفاق أو أعاره اياه جاز مادام كامل الاهلية . قال المرغيناني " وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا . . . فان أذن له صاحبه في ذلك أو اعاره اياه فلا بأس به لانه حقه "(١) .

ولكن اختلفوا في لزوم هذا التبرع .

فيرى المالكية في الراجح من المذهب : انه تبرع لازم لا يملك الرجوع فيه سواء اكان محددا بمدة كسنة او شهر ام مطلقا عن التحديد . فاذا كان محددا لم يملك المتبرع الرجوع قبل انتهاء المدة المحددة . واذا كان مطلقا فلابد ان يتركه يرتفق به المدة المعتادة(٢) . قال ابن عاصم : (٣)

" ارفاق جار حسن للجار بمسقى أو طريق أو جدار
والحد في ذلك ان حد اقتفى وعد في ارفاقه كالسلف(٤)

---

(١) الهداية جـ ٨ ص ١٤٥ .

(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٦٥ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٧٤ - ١٧٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ٣ ص ٣٣٤ ، ٣٤٤ ، حلى المعاصم جـ ٢ ص ٢٥١ - ٢٥٢ .

(٣) ابن عاصم : هو أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي الفقيه الاصولي المحدث المحقق المالكي ولد سنة ٧٦٠ هـ له عدة مؤلفات منها التحفة توفي سنة ٨٢٩ هـ . شجرة النور الزكية ص ٢٤٧ .

(٤) تحفة الحكام جـ ٢ ص ٢٥١ .

قال التسولى شارحا لذلك : والحد فى ذلك الارفاق ان حد - بزمن كسنة اوعشر سنين او الى الأبد مثلا - اقتفى - واتبع وكان لازما للموفق ليس له الرجوع قبله . - و- ان اطلق ولم يقيد باجل - عد - المرفق بالكسر - فى ارفاقه كالسلف - يتسلفه الانسان ولا يتعرضان لا جله فانه لا بد ان يتركه مدة ينتفع به فيها عادة امثاله ؛ فكذلك هذا لا بد ان يترك للمرفق بالفتح ينتفع به المدة الجارية بين الجيران عادة "(١) وقال المواق (٢) : " ان اجلت العارية بزمن او انقضاء عمل لزمت اليه والا فالمعتاد . هذه عبارة ابن الحاجب (٣) . وعن ابن القاسم (٤) : ان كانت العارية ليبنى

---

(١) البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥١ - ٢٥٢ . وانظر حلى المعاصم نفس الجزء والصفحة بالهامش .

(٢) المواق : هو ابوعبد الله محمد بن يوسف العبدرى الغرناطى الشهير بالمواق الامام المفتى . له عدة مؤلفات منها شرحه على متن خليل سماه التاج والاكليل . توفى سنة ٨٩٧ هـ .
شجرة النور الزكية ص ٢٦٢ .

(٣) ابن الحاجب : هو ابوعمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبى بكر ابن يونس وشهرته : ابن الحاجب المالكى كان أبوه حاجبا للأمير عز الدين يوسف الصلاحى . ولد باسنا كان اماما فاضلا فقيها اصوليا متكلما نظارا مبرزا محققا علامة زمانه له عدة مؤلفات منها مختصر منتهى السول . توفى سنة ٦٤٦ هـ بالاسكندرية .
شجرة النور الزكية ص ١٦٧ - ١٦٨ - الديباج المذهب ص ١٨٩ .

(٤) ابن القاسم : هو ابوعبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقى المصرى المالكى ولد بمصر سنة ١٣٢ هـ لازم مالكا ولم يعرف عن تلاميذ مالك من احاط بعلم مالك غير ابن القاسم . وهو من الفقهاء المجتهدين فلم ياخذ العلم عن مالك تقليدا وانما اخذه فهما ودرسا ولذا خالف مالكا فى بعض المسائل . وهو يجمع بين العلم والورع .
توفى بمصر فى سنة ١٩١ هـ .
الديباج المذهب ص ١٤٦ . وفيات الاعيان ج ١ ص ٣٤٦ ، الفتح المبين ج ١ ص ١٢١ - ١٢٢ .

ويسكن ولم يضرب أجلا فليس له اخراجه حتى يبلغ مايعار لمثله من الامد "(١) .

- ويرى جمهور العلماء : عدم لزوم العارية وان للمعير الرجوع فيها متى شاء(٢) ، مطلقة كانت او مقيدة . قال فى الفتاوى الخانية " حائط بين رجلين عليه حمولا تهما فرفع احدهما الحائط برضا صاحبه ثم بناه صاحبه بماله برضا الاخر على ان يعيره صاحبه مجرى ماء فى داره ليجرى ماءه فيها الى داره ويسقى بستانه ففعل واعاره المجرى ثم بدا له ان يمنع المجرى كان له ذلك . لان الاعارة غير لازمة "(٣) .

وعللوا لجواز الرجوع فى العارية : بأنها تبرع بمنافع والمنافع تستوفى شيئا فشيئا فما يحصل فى يد المستعير يملكه بالاعارة والمنافع المستقبلة لم تحصل بعد فلم يملكها كالعين الموهوبة لا يملكها الا بالقبض . فكلما استوفى منفعة فقد قبضها والذى لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض(٤) .

---

(١) التاج والاكليل للمواق جـ ٥ ص ٢٧٠ ، وانظر ص ١٧٤ - ١٧٥ مواهب الجليل للحطاب جـ ٥ ص ٢٧٠ - ٢٧١ . وانظر ص ١٧٥ .

(٢) الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٢١٤ ، الهداية جـ ٧ ص ١٠٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢١٦ ، تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٨٨ ، رد المحتار حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ ، ٢٧٠ روضة الطالبين جـ ٤ ص ٤٣٦ ، ٤٣٧ ، الانصاف جـ ٦ ص ١٠٤ ، ١٠٦ كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٥ .

(٣) فتاوى قاضيخان جـ ٣ ص ٢١٤ .

(٤) كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٥ .

الا أن بين الجمهور بعض الاختلاف فى حال ما اذا كان المستعير يتضرر من الرجوع فى العارية . كما لو أعار شخص جاره حائطا ليضع عليه خشبه أو يبنى عليه :

فالمذهب عند الحنابلة (١) ووجه عند الشافعية (٢) : أن المعير لا يملك الرجوع مادام الخشب على الحائط او البناء قائما وان العارية لازمة . قال البهوتى : " ولو أذن صاحب الحائط لجاره فى البناء على حائطه او وضع سترة او خشبة عليه - ونحو ذلك - فى الموضع الذى لا يستحق وضعه - عليه - جاز - لان الحق له وصارت - عارية - لازمة" (٣) .

والاصح عند الشافعية (٢) واحتمال عند الحنابلة (٤) : أن المعير يملك الرجوع فى تلك الحالة . وبين الشافعية الفائدة من الرجوع حينئذ . وهى تخيير المستعير بين أن يبقى ارتفاقه باجره اويقلع ذلك ويغرم له ارش النقص. وهل للمالك حينئذ ان يتملك الخشب و البناء بقيمة ؟ ذكر الزركشى (٥) أن

---

(١) الانصاف جـ ٦ ص ١٠٦ ، المغنى جـ٤ ص ٥٥٨ ، كشاف القناع جـ٣ ص ٤١٢ .
(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٨٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٤٣٧ ، ٢١٢ ، فتح الوهاب جـ١ ص ٢١١ .
(٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٢ ، وانظر المغنى جـ٤ ص ٥٥٨ .
(٤) الانصاف جـ٦ ص ١٠٦ .
(٥) الزركشى الشافعى : هو ابوعبدالله محمد بن بهادر بن عبدالله التركى المصرى الزركشى الملقب ببدر الدين . الفقيه الشافعى الاصولى المحدث ولد بمصر سنة ٧٤٥ هـ تبحر فى العلوم له تصانيف كثيرة منها البحر المحيط . وتشنيف المسامع بجمع الجوامع . توفى سنة ٧٩٤هـ ودفن بالقرافة . شذرات الذهب جـ ٦ ص ٣٣٥ . الدرر الكامنة جـ ٤ ص ١٠٧ .

كلام اكثر العراقيين يقتضى ذلك . ولكن الاصح عند الشافعية انه ليس له ان يتملكها معللين لما ذهبوا اليه : بأن الجدار تابع وليس أصلا فى نفسه فهو تبع للارض فلا يستتبعه مايغرز به او يبنى عليه بخلاف مالو كان المعار أرضا للبناء فانها تتملك بالقيمة لان الارض اصل فيتبعها مايبنى عليها . قال فى مغنى المحتاج " لان الارض اصل فجاز ان تستتبع والجدار تابع فلا يستتبع" (١) .

الراجح :

الذى أميل اليه هوماذهب اليه الجمهور من ان العارية غير لازمة وان المعير يملك الرجوع فيها متى شاء لما ذكروه من التعليل .

فمن اعير حقا من حقوق الارتفاق او أذن له فيه فانه يرتفق به الى أن يسترجعه صاحبه او تنتهى المدة المحددة لذلك . الا فى حال ماذا كان المرتفق يتضرر من انهاء الارتفاق قبل انتهاء ميعاده المحدد عرفا او شرطا فينبغى ان يمكن من ذلك حتى ينتهى الى ماهو المعروف بين الناس انتهاؤه الى مثله او الى الموعد المشروط بينهما منعا للضرر .

وبهذا يتبين أن من أسباب ثبوت حقوق الارتفاق التبرع بها اذنا أو اعارة .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ ، وانظر روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٢ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢١١ .

السبب الرابع : الارث :

حقوق الارتفاق تثبت بالارث . فان الشخص اذا توفى انتقل ماله الى ورثته . وحقوق الارتفاق معنى المال فيها ظاهر . فان حق الشرب وحق المرور وحق المسيل مثلا متعلقة باعيان ماليه هى الارض التى تقررت عليها هذه الحقوق ، ومما يدل على ذلك : انه قد يعتاض عنها بالمال . فقد نص الفقهاء على جواز بيعها تبعا للعقار بان ينص على دخولها فى العقد والا لم تدخل فى البيع . والنص عليها فى العقد يجعلها مبيعا مقابلا بشىء من الثمن فتكون من الاموال . ولا خلاف فى هذا بين الفقهاء [1] وقد أجاز بعضهم بيع هذه الحقوق منفردة عن العقار [2] كما مر آنفا [3] . فتنتقل هذه الحقوق الى الورثة كسائر أمواله .

وانتقالها بسبب الارث له حالتان :

احداهما : ان تكون تبعا للعقار .

والثانية : ان تكون منفردة .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٩ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١٢١ ، ١٢٢ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٣ ، الهداية وشرحها فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٤ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١٢ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٠ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٤٨ .

(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٨ ، جـ ١٠ ص ٢٨٩ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٦٣ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٠ ، ٢٢١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ ، الفروع جـ ٤ ص ٢٧٣ ، الكافى جـ ٢ ص ٢٠٩ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٤٧ ، رد المحتار جـ ٤ ص ١١٨ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٥ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٤ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٢٢ .

(٣) انظر ص (٩٧) وما بعدها

فالاولى : يتحقق ذلك فيما اذا توفى مالك العقار المقررة له تلك الحقوق اذ بوفاته ينتقل العقار الى الورثة وتنتقل معه تلك الحقوق تبعا لانتقال ذلك العقار وهذا امر ظاهر شأنه شأن جميع الحقوق المالية المتعلقة بالاعيان . قال في المدونة " قلت : أرأيت لو أن ثلاثة نفر ورثوا قرية لهما ماء وشجر ومجرى ماء ورثوا ارضها وماءها وشجرها وشربها لاحدهم الثلث وللاخر السدس وللاخر النصف ، فأرادوا ان يقتسموا . قال : تقسم الارض عند مالك على قدر مواريثهم منها ويكون لهم في شربهم من الماء على قدر مواريثهم منه "(١) .

والثانية : وهي ثبوت حقوق الارتفاق بسبب الارث منفردة . فاذا انفصلت هذه الحقوق عن العقار الثابتة له فاصبحت ملكا مستقلا بان باع صاحب العقار الذي تقررت له هذه الحقوق عقاره ولم ينص على دخول الحقوق في عقد البيع فيملك المشتري العقار مجردا عن حقوقه وتبقى الحقوق للبائع حينئذ ملكا مستقلا(٢) . فاذا توفي انتقلت الى ورثته منفردة غير تابعة لشيء آخر .

وثبوت حقوق الارتفاق بسبب الارث منفردة قال به حتى المانعين من بيعها من الحنفية(٣) .

---

(١) المدونة جـ ٤ ص ٤٦٨ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٣ ، ص ٤٠٥ ، المدونة جـ ١٥ ص ١٩٨

(٣) الهداية جـ ٨ ص ١٥٠ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٠ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٣ .

وعللوا لذلك : بأن ثبوت الملك للوارث بطريق الارث عن مورثه أمر تبعى . لانه نتيجة لخلافة الوارث عن مورثه فكان ثبوت الملك أثرا لهذه الخلافة ولكنه أثر غير مقصود بخلاف ثبوت الملك بطريق البيع ونحوه من العقود التى وضعت للتمليك . فان ثبوت الملك مقصود ومطلوب بواسطة هذه العقود وما وضعت وانشئت الا لذلك الغرض . ويجوز ان يقبل الشىء حكما بطريق التبع وان كان لا يقبله بطريق القصد كالقصاص والدين فانهما تملك بالارث ولا يصح بيعها . قال فى العناية : " والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه - بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه فى أملاكه وحقوقه . وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى ان القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه "(١) .

وقال ابن عابدين " ويورث الشرب - لان الملك بالارث يقع حكما لا قصدا ويجوز ان يثبت الشىء حكما وان كان لا يثبت قصدا كالخمر تملك حكما بالميراث وان لم تملك قصدا بسائر اسباب الملك "(٢) .

وهذا التعليل لا يختص بالشرب وانما يتناول ما كان فى معناه من بقية حقوق الارتفاق كحق المرور والمجرى والمسيل والتعلى . فتنتقل ملكيتها الى الوارث بالموت منفردة عن العقار اذا بيع العقار دونها قبل وفاة مالكه كحق

---

(١) العناية جـ ٨ ص ١٥٠ ، وانظر الهداية نفس الجزء والصفحة ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٣ .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٦ .

الشرب . فالحقوق التى ملكها المورث حال حياته يخلفه فيها ورثته بعد وفاته .

أما بالنسبة لغير الحنفية فانهم يرون جواز بيع هذه الحقوق كما بينا ذلك بالتفصيل (١) . وبناء عليه فلااشكال عندهم فى كونها تورث كسائر الاملاك .

وبهذا يتبين أن من أسباب ثبوت حقوق الارتفاق الارث .

...

السبب الخامس : الوصية :

فان الانسان اذا أوصى بحق من حقوق الارتفاق انتقل ذلك للموصى له بعد وفاة الموصى . لان الوصية اخت الميراث . فكما ان حقوق الارتفاق تنتقل بوفاة صاحبها الى ورثته تنتقل ايضا بوفاته الى الموصى له بها . فما قيل سابقا فى الارث من كون حقوق الارتفاق معنى المال فيها ظاهر وانها متعلقة بأعيان مالية يقال هنا أيضا . وكل مايجرى فيه الارث تجرى فيه الوصية لانهما بمعنى واحد . الا أن الارث ينتقل للورثة والوصية تنتقل لغير الورثة . وسواء أوصى بحقوق الارتفاق تبعا لغيرها او اوصى بها منفردة جاز ففيما إذا أوصى بها تبعا لغيرها قال فى الفتاوى الهندية : " ولو اوصى بثلث حقه فى النهر فى كل شيء من ذلك جاز لانه تصدق بثلث رقبة النهر فجاز ويدخل الشرب فيه تبعا كما لو اوصى بالشرب مع الارض " (٢) .

---

(١) انظر ص (١١١)
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٧ - ٤٠٨ .

فنصوا على انه اذا أوصى بالشرب تبعا للنهر او الارض ان ذلك جائز .

وفيما اذا أوصى بحقوق الارتفاق منفردة قال الكاساني : " ويوصى به - اى الشرب - حتى لو أوصى لرجل أن يسقى ارضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث . لان الوصية وان كانت تمليكا لكنها تمليك بعد الموت . ألا ترى ان الموصى له لا يملك الموصى به فى الحال وانما يملك بعد الموت فأشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث "(١) .

وما قيل فى الشرب يقال فى غيره من الحقوق كالمجرى والمسيل والمرور فانها كلها تنتقل بموت مالكها الى الموصى له منفردة عن العقار .

ولم يفصل فى هذه المسألة سوى الحنفية ولكن غيرهم لا يخالفونهم فى ذلك لان جمهور العلماء يرون جواز الاعتياض عن هذه الحقوق كما مر . فيجوز من باب أولى تمليكها بطريق الوصية لان الوصية نوع من التبرع الا انه مضاف لما بعد الموت .

وبهذا يتبين أن من أسباب ثبوت الارتفاق الوصية بهذه الحقوق .

...

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٠ ، وانظر الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٥ - ٤٠٧ ، الهداية وشرحها العناية جـ ٨ ص ١٥٠ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٦ .

السبب السادس : استعمال ارض موات[1] في حق من هذه الحقوق :

وذلك بأن يتخذ شخص مرفقا من المرافق فى الارض الميتة المحيطة بأرضه كأن يحفر فيها مجرى او مصرفا لارضه أو يتخذ فيها طريقا يمر فيه الى أرضه أو يفتح عليها نوافذ وأبوابا ونحو ذلك ففى هذه الأحوال يثبت على هذه الارض الميتة حق ارتفاق لارض ذلك الشخص بمجرى او مسيل او طريق او تهوية او اضاءة او نحو ذلك مما اتخذه من أنواع الارتفاق

---

(١) عرف الحنفية الارض الموات فى ظاهر الرواية بأنها : " ماليست بملك لاحد ولا هى من مرافق البلد وكانت خارجة عن البلد سواء أقربت منه أم بعدت " . وهذا قول محمد وبه يفتى . أما ابويوسف فالموات عنده : " مالا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء عنه او غلبته عليه او لكونه منقطعا عن العمران ونحو ذلك " . فالموات عند ابى يوسف أرض لاينتفع بها عادية أو مملوكة فى الاسلام وليس لها مالك معين مسلم أو ذمى . وعند محمد : ان ملكت فى الاسلام لاتكون مواتا ونقل الزيلعى عن القدورى انه يرى ان المملوك فى الاسلام اذا لم يعرف مالكه من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف فى الموات لا لانه موات حقيقة . رد المحتار ص ٢٧٧ .

وعرف المالكية الموات بانه : " الارض التى لا مالك لها ولا ينتفع بها " . وعرفها ابن جزى فقال : " هى الارض التى لاعمارة فيها ولا يملكها احد " . قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٦٧ ، وقال الدسوقى تعليقا على الدردير : " الارض الموات ماسلم عن الاختصاص بعمارة " جـ ٤ ص ٦٠ ،

وعرف الشافعية الموات بانه : " مالم يكن عامرا ولا حريما لعامر قرب من العامر او بعد " . قال الماوردى والرويانى هذا هو حد الموات عند الشافعية . مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٦١ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٧٧ .

وعرف الحنابلة الارض الموات بانها : " الارض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم " كشاف القناع جـ ٤ ص ١٨٥ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤٥٩ .

=

فى هذا الموات ولا يملك أحد أن يحول دون ذلك فاذا جاء آخر واحيـــاء مايحيط بأرض ذلك الشخص كان عليه ان لا يتعرض لموضع ارتفاق سابقه كممره أو مجراه او مصرفه ونحو ذلك . ولو تعرض له لم يملكه بالاحياء ، لان ماتعلق به حق الغير من الموات لا يملك بالاحياء ولا خلاف فى هذا بين العلماء(١) .

...

= وعرف ابن حزم الارض الموات بأنها : " كل ارض لا مالك لها ولا يعرف انها عمرت فى الاسلام " المحلى جـ ٩ ص ٩١ .
وهذه التعريفات متقاربة فى المعنى فى الجملة .

(١) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ . التاج والاكليل للمواق جـ ٦ ص ٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٦٣ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٦٦ .

السبب السابع : الحيازة :

لما كان الاصل في اعتبار الحيازة سببا من أسباب الارتفاق مبنيا على عدم سماع دعوى المدعي بابطال الحيازة فسنتحدث اولا بشيء من التفصيل عن معنى الحيازة وشروطها على وجه العموم ثم نبين بعد ذلك أثرها في كسب حقوق الارتفاق ، فنقول :

أولا : عدم سماع الدعوى بسبب الحيازة(١) (وضع اليد)

الاصل في الشريعة الاسلامية أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم)(٢) . ولا يعتبر ترك المطالبة به مدة طويلة مسقطا له . كما أن وضع اليد على الاموال غير المباحة لا يكسب حقا فيما وضعت اليد عليه مهما طال زمن وضع اليد . فلو ادعى شخص على آخر حقا في يده مضى عليه عشرات السنين وأقام المدعي بينة قوية على دعواه أو أقر المدعى عليه للمدعي بهذا الحق قضي للمدعي به ولا تأثير لوضع اليد في المنع من ذلك .

---

(١) الحيازة : هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه . الشرح الكبير وحاشيته الدسوقي جـ ٤ ص ٢٠٧ .

(٢) لم أعثر على هذا الحديث في شيء من كتب الحديث التي اطلعت عليها وقد استدل به الحطاب في شرحه لمختصر خليل جـ ٦ ص ٢٢٤ ، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٢١٠ . ومعناه صحيح .

فوضع اليد مدة طويلة على مال الغير لا يسقط حقا ولا يكسبه . كما أن سكوت صاحب الحق عن حقه لا يؤدى الى انتقاله لغيره بسبب تقادم الزمان (١) . " قال ابن رشد : الاتفاق على ان مجرد الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عنه الى الحائز ولكنها تدل على الملك" (٢) .

ولكن العلماء رحمهم الله رأوا ان الاموال قد يهملها أصحابها فيضع اجنبى يده عليها زمنا طويلا ويتصرف فيها تصرف الملاك ووضع اليد على الشيء وحيازته يدل فى الظاهر على ملكيته لصاحب اليد . وترك الدعوى بالحق المدة الطويلة من غير عذر يدل فى الظاهر على ان المدعى غير صادق فيما ادعاه فتوصل العلماء الى حل لهذا الامر لا يعرض لموال الغير يحفظ على الناس اموالهم ولا يعرضها للاغتصاب فاوجبوا على القاضى الامتناع عن سماع دعوى من يدعى ان له حقا بيد غيره وانكره من هو بيده متى ما اهمل المدعى المطالبة بذلك سنين عديدة (٣) .

واستدلوا لذلك بما رواه سعيد بن المسيب وزيد بن اسلم عن

---

(١) مجلة الاحكام العدلية مادة ١٦٧٤ ، درر الحكام جـ ٤ ص ٢٧٩-٢٨١ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٠١ ، وانظر فتح العلى المالك جـ ٢ ، ص ١٠١ ، ٣٢١ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٧ ، الهداية وشرحها فتح القدير جـ ٦ ص ٢٣ - ٢٤ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٤٣ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٠١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٢٠٧ ، ص ٢٠٨ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢١ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٢٢١ ، المقنع وحاشيته جـ ٤ ص ٢٩٣ ، الفروع جـ ٦ ص ٥١٧ الدرر السنية جـ ٦ ص ٥١٤ .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من حاز شيئا عشر سنين فهو له)(١)

وفى رواية ثانية بلفظ (من حاز على خصمه عشر سنين فهو أحق به)(٢) ،

وفى لفظ (احق به منه)(٣)

وفى رواية ثالثة بلفظ (من احتاز ارضا عشر سنين فهى له)(٤) .

---

(١) المدونة جـ ١٣ ص ١٩٢ ، مسالك الدلالة ص ٣٣١ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢١ ، ٢٢٣ ، الطرق الحكمية ص ١٣٦ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٥ .

(٣) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٣ .

(٤) كنز العمال جـ ٣ ص ٨٩٨ .

وهذه الروايات جاءت مرسلة من احد طريقين احدهما : ينتهى بسعيد بن المسيب والثانى : ينتهى بزيد بن اسلم . كما انها لم تذكر فيما بحثت فيه من امهات كتب الحديث المعتمدة ، وانما نص عليها فقهاء المالكية فى كتبهم .

فالرواية الاولى رواها فى المدونة عن ابن وهب عن عبد الجبار ابن عمر عن ربيعة بن ابى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب يرفع الحديث الى رسول الله صلى الله عليه وسلم . ورواها عبد الجبار بطريق اخرى عن عبد العزيز بن المطلب عن زيد بن اسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم . المدونة جـ ١٣ ص ١٩٢ . وانظر مسالك الدلالة ص ٣٣١ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٣ . وقال ابن القيم بعد ان ساق نص الحديث انه لا يثبت . الطرق الحكمية ص ١٣٦ .

والرواية الثانية ذكرها ابن فرحون من دون اسناد . تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٥ ، ٣٦٣ .

والرواية الثالثة ذكرها ابن حسام الدين الهندى وقال انها من رواية عبد الرزاق عن زيد بن اسلم . كنز العمال جـ ٣ ص ٨٩٨ .

والصحيح عند العلماء ان مراسيل سعيد بن المسيب حجة .

انظر تدريب الراوى جـ ١ ص ٢٠٢ - ٢٠٥ .

وجه الدلالة :

أن النبى صلى الله عليه وسلم بين ان الحائز احق من غيره فيما وضع يده عليه اذا استمرت حيازته مدة عشر سنين . فدل ذلك على انه لا تسمع دعوى من يدعى خلاف ذلك ~~وان القاضى يحكم بالحق للحائز~~ .

وقد تناول المالكية الكلام عن هذه المسالة بشئ من التفصيل . أما غيرهم فلم يتوسع فى بحثها .

ويعبر المالكية عن هذه المسالة بلفظ الحيازة (١) وغيرهم يعبر عنها بوضع اليد .

ماتكون به الحيازة :

الحيازة تكون بأحد ثلاثة امور هى :

١ - السكنى والزراعة وهو اضعف الثلاثة .

٢ - الهدم والبناء والغرس والاستغلال وهذا أقوى من سابقه .

٣ - مابه يحصل تفويت الحق عن مستحقه كنقل الملك الى الغير عن طريق البيع او الصدقة او الهبة ونحو ذلك . وهو اقوى الثلاثة (١) .

~~(٩)~~

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٨ ، وانظر الفروع جـ ٦ ص ٥٥٤ ، المغنى جـ ٩ ص ١٦٢ .

مدة الحيازة الدالة على الحق :

اختلف العلماء في مدة الحيازة فللمالكية في ذلك قولان :

القول الاول : أن تحديد المدة متروك لاجتهاد الحاكم فهو الذى يحدد المدة التى يرى أن مثلها يعتبر حيازة تمنع من سماع الدعوى على الحائز معتبرا فى ذلك أحوال الناس من حيث صلة الحائز بالمدعى ، ومن حيث الصلاح والفجور ومن حيث الحضور والغيبة . وحال الشىء المحاز من كونه منقولا اوعقارا الى غير ذلك مما يعتد به عرفا وعادة . وهذا قول الامام مالك (١) . وتابعه ابن الماجشون (٢) .

الثاني : أنه لابد من تحديد مدة لاتسمع الدعوى بعدها ولكن هذا التحديد يختلف بعدة اعتبارات منها : علاقة الحائز بالمدعى ومنها : حضور المدعى وغيبته . ومنها : نوعية الشىء المحاز من عقار ومنقول الى غير ذلك من الاعتبارات . ولذا قسموا الحيازة الى اقسام ستة هى :

---

(١) المدونة جـ ١٣ ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٤ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٢٠٧ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٤ .
ابن الماجشون : هو ابومروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله ابن ابى سلمة الماجشون من اكبر اصحاب مالك من أهل المدينة . دارت عليه الفتيا فى ايامه توفى سنة ٢١٢ هـ .
ـ الديباج المذهب ص ١٥٣ .

الاول : حيازة الاب على ابنه والابن على أبيه ، وهذا النوع هو أضعف مراتب الحيازة . ولذا فلا تكون بالسكنى فى المنزل ولا بزراعة الارض اتفاقا ولا خلاف فى انها تكون بالتصرف بما ينقل الملك من بيع وصدقة وهبة ونحو ذلك . واختلفوا هل يحوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : انه لا يحوز عليه بذلك ان ادعى الحائز الشيء المحوز ملكا لنفسه سواء قام بدعواه على المحوز عليه فى حياته او بعد وفاته وهذا هو المشهور فى المذهب

والثانى : انه يحوز عليه بذلك سواء قام عليه بتلك الدعوى فى حياته ام على سائر ورثته بعد وفاته اذا ادعاه ملكا لنفسه وطال الامر فزاد عن اربعين سنة ومثل الاب والابن فى هذا الجد وابن الابن . (١)

الثانى : حيازة الاقارب الشركاء بالميراث أو بغيره .

لا خلاف فى ان تصرف افراد هذا النوع فيما كان شركة بينهم بالسكنى او الزراعة لا يعتبر حيازة وان طالت المدة واستثنى مطرف (٢) من ذلك ما اذا

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٩٨ - ٩٩ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ ، التاج والاكليل ج ٦ ص ٢٢٧ - ٢٢٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٢) مطرف : هو مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار اليسارى الهلالى ابو مصعب مولى ميمونة أم المؤمنين وهو ابن اخت الامام مالك بن أنس . كان أصما روى عن مالك وروى عنه البخارى وكانوا يقدمونه على اصحاب مالك . توفى سنة ٢٢٠ هـ بالمدينة .
الديباج المذهب ص ٣٤٥ - ٣٤٦ .

طالت المدة كثيرا كأن تصل الى خمسين سنة أو اكثر فتعتبر حينئذ حيازة .

ولا خلاف فى أن التصرف فى هذا النوع تصرفا يحصل به فوات الحق وانتقاله كالبيع والهبة والصدقة يعتبر حيازة وأن لم تطل المدة .

قول ابن القاسم

واما التصرف بالهدم والبناء فيعتبر حيازة ولكن اختلف فى مقدار المدة التى يعتبر التصرف فى مثلها حيازة فى هذا النوع على قولين :

الاول : ان التصرف بالهدم والبناء فى حدود عشر سنين يعتبر حيازة فى هذا النوع .

الثانى : ان ذلك لا يعتبر حيازة الا ان تطول المدة كأن تزيد عن أربعين سنة . ~~وكلا القولين منسوبين لابن القاسم~~[1] .

الثالث : حيازة الاقارب بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه . ولابن القاسم فيما يعد حيازة فى هذا النوع قولان :

احدهما : انهم كالنوع الثانى - الاقارب الشركاء ورجع عن قوله بان الحيازة تكون بينهم فى عشر سنين مع الهدم والبناء الى انه لا حيازة بينهم فى ذلك الا بمضى مدة طويلة كان يزيد وضع اليد عن أربعين سنة .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٩ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٢٢٦ .

وثانيهما : انهم يختلفون عن الشركاء وان الحيازة تكون بينهم في حدود العشرة الاعوام مع الهدم والبناء/وان الشركاء لا بد من ان يزيد عن اربعين عاما (١) .

الرابع : حيازة الموالى والاصهار فيما لا شركة بينهم فيه .

وهذا فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الحيازة تكون بينهم في حدود عشرة أعوام وان لم يكن هدم ولا بناء .

والثانى : انها لا تكون بينهم في العشرة الا مع الهدم والبناء .

والثالث : انها لا تكون بينهم بالهدم والبناء الا ان يطول الزمان جدا (٢) . ولعل المراد بالطول مازاد عن اربعين عاما .

الخامس : حيازة الاجانب الشركاء :

وتكون بينهم فيما زاد عن عشرة أعوام مع الهدم والبناء. (٣)

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٧ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٩-١٠٠ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٢٠٩ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٠٠ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٧ ،

(٣) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٠١ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٢٢١ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٧ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٢٠٨ .

السادس : حيازة الاجانب بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه فان كان رباعا اوعقارا فالمشهور ان الحيازة تكون بينهم فى عشرة أعوام وماقاربها وان لم يكن هدم ولا بناء .

ولابن القاسم قول آخر وهو انها لاتكون حيازة الا مع الهدم والبناء (١) .

وان كان عروضا أو حيوانا فلا يبلغ فيها هذه المدة ويختلف ذلك باختلاف الشئ المحاز فاذا كان ثيابا ونحوها فالسنة والسنتان تعتبر حيازة واذا كان دابة فالسنتان والثلاث حيازة (٢) .

وأما الحنابلة : فلم يحددوا مدة معينة للحيازة وانما نصوا على ان تكون المدة طويلة (٣) . وهذا يختلف بحسب العرف السائد فى كل زمان ومكان لكل شئ بحسبه . ولذا نجد فتاوى بعض المتأخرين منهم جاء تحديد المدة فيها فى مواضع بثلاث سنين . قال فى الدرر السنية " سئل الشيخ عبدالرحمن بن حسن (٤) عن مواريث كانت فى الاصل فصارت اليوم فى يد

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٤-٩٥ ، ص ١٠١ ، التاج والاكليل جـ٦ ص ٢١٠ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢١-٢٢٢ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٦ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٢١٠ ، ٢٢٨ - ص ٢٢٩ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٨ .

(٣) الفروع جـ ٦ ص ٥٥٤ ، الانصاف جـ ١٢ ص ١٥ - ١٦ ، المقنع وحاشيته جـ ٤ ص ٣١٧ - ٣١٨ ، وانظر المغنى جـ ٩ ص ١٦٢ ، الطرق الحكمية ص ١٠٤ .

(٤) عبدالرحمن بن حسن آل الشيخ : هو الامام الشيخ العلامة عبدالرحمن ابن حسن بن شيخ الاسلام محمد بن عبدالوهاب السلفى ولد فى الدرعية سنة ١١٩٣ هـ تعلم على جده ولازم دروسه منذ الصغر اشتغل بالتعليم والوعظ وفى زمن حكم الامام تركى بن عبدالله ال سعود صار له شان كبير فى النصح والتوجيه للحكام والامراء يدعوهم فيها الى عقيدة السلف توفى سنة ١٢٨٥ هـ .
علماء نجد خلال ستة قرون جـ ١ ص ٥٦ - ٦٢ .

غير أهلها يتصرفون فيها تصرف الملاك فاجاب : الذى استقر عليه فتوى شيخنا شيخ الاسلام امام الدعوة (١) الاسلامية : ان العقار ونحوه اذا كان فى يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك من نحو ثلاث سنين فاكثر ليس فيه منازع فى تلك المدة ان القول قوله انه ملكه ... (٢) . وفى مواضع أخرى جاء فيها التحديد بخمس سنين . قال فى الدرر السنية : "... فاجاب : اعلم ان العلماء قرروا انه اذا تعارض الاصل والظاهر قدم الظاهر ولم يعمل بالاصل . وهذا فيما اذا كان العقار بيد انسان قدر خمس سنين يتصرف فيه تصرف المالك ولم يدعه صاحب الاصل فى هذه المدة ولم يكن بينهما شركة ولا قرابة بينهما "(٣) .

---

(١) المراد محمد بن عبد الوهاب : وهو شيخ الاسلام الامام محمد بن عبد الوهاب ابن سليمان بن على بن محمد بن احمد من بنى تميم ولد سنة ١١١٥ هـ فى بلدة العيينة قرب الرياض . تلقى العلم فى صغره وكان ذكيا فطنا سافر الى مكة والمدينة والبصرة فى طلب العلم . وبعد أن أدرك عاد الى نجد ليدعوهم الى العقيدة السلفية ويخرجهم من الظلمات الى النور فهيأ الله له دولة آل سعود فتعاهدوا على الدعوة الى الله والجهاد فى سبيله فنصرهم الله وأيد دعوتهم . للشيخ عدة مؤلفات ورسائل كان لها ابلغ الاثر فى نفوس ابناء البلاد السعودية وكثير من بلاد المسلمين الاخرى توفى سنة ١٢٠٦ هـ . علماء نجد خلال ستة قرون جـ ١ ص ٢٥ .

(٢) جـ ٦ ص ٥١٢ - ٥١٣ .

(٣) جـ ٦ ص ٥١٣ .

فالذى يظهر ان العرف كان فى الفتوى الاولى على اعتبار ان المدة الطويلة ثلاث سنوات فهو المناسب لحال اهلها . وان المناسب لاهل وزمان الفتوى الثانية خمس سنين لتعارفهم على ذلك .

وعلى هذا فيتفق رأى الحنابلة مع ماذهب اليه الامام مالك فى عدم تحديد المدة وان التقدير لها يرجع الى تحديد الحاكم معتمدا فى ذلك على عرف أهل زمانه .

واما الحنفية فيتفقون مع الامام مالك فى جعل تحديد المدة التى لاتسمع الدعوى بعدها الى اجتهاد الحاكم وان ذلك يعود الى عرف أهل كل زمان ومكان ، ولذا حدد بعضهم المدة بخمس عشرة سنة فى غير الارث والوقف اما فيهما فست وثلاثون سنة (١) . وهذا ما سارت عليه مجلة الاحكام العدلية (٢) . وفى مرشد الحيران حدد المدة التى لاتسمع بعدها الدعوى فى الارث والوقف بثلاث وثلاثين سنة (٣) .

وأما الشافعية فلم يذكروا شيئا عن المدة التى لاتسمع الدعوى بعدها وانما تحدثوا عن تقديم بينة صاحب اليد وانه لاتسمع دعوى من ادعى عليه

---

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ٣٤٢ - ٣٤٤ ، وانظر الفتاوى البزازية جـ ٢ ص ٣٣٩ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية مادة رقم (١٦٦٠ ، ١٦٦١) وانظر شرحها درر الحكام جـ ٤ ص ٢٥٩ - ٢٦٥ .

(٣) مرشد الحيران مادة رقم (١٥١ ، ١٥٢) .

الا ببينة أقوى من بينته . فان تساويا فالمدعى عليه اقوى لان له بينتين : اليد والبينة. (١)

التـرجيح :

الذى يظهر لى انه لا خلاف بين العلماء فى اعتبار العرف فى تحديد مدة الحيازة وان الحاكم له أن يجتهد فى تحديد المدة التى لا تسمع بعدها الدعوى بناء على المتعارف عليه للحيازة فى وقته . وان القائلين بالتحديد من المالكية انما كان العرف فى زمنهم ذلك واستمروا عليه مع تغير الزمان فصار عرفا للمتقدمين منهم والمتأخرين . هذا ما ظهر لى ، والله أعلم .

...

---

(١) الام جـ ٦ ص ٢٢٧ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، الاشباه والنظائر ص ٥٣٦ ، بجيرمى على الخطيب جـ ٤ ص ٣٥٣ .

- شروط عدم سماع الدعوى بسبب مرور الزمان :

مضى الزمان وحده لا يصلح ان يكون سببا لعدم سماع الدعوى بل لابد فى ذلك من شروط هى :

الشرط الاول : حضور المحوز عليه فى مكان الشىء المحاز مدة الحيازة فان كان غائبا سمعت الدعوى ولو طال زمن الحيازة . وشرط الغيبة أن يكون مسافة قصر فأكثر . وقال المالكية ثلاثة أيام [١] .

والذى يظهر لى ان المراد هو السفر المانع من العلم بالحيازة سواء كان قريبا او بعيدا فلو علم بالحيازة فى غيبته ولم يوكل بالمطالبة بحقه فى الشىء المحوز ولم يقدم من دون مانع فانه يعتبر كالحاضر [٢] .

الشرط الثانى : علم المدعى بالحيازة عليه . يشترط لعدم سماع دعوى ملكية المحوز ان يكون المدعى عالما بالحيازة وعالما بان المحاز ملكه . فان علم باحدهما دون الاخر فان ذلك لا يسقط حقه فى الدعوى [٣] . قال ابن فرحون " لابد هنا من العلم بشيئين وهما : العلم بانه ملكه والعلم بانه يتصرف فيه ولا يفيد العلم باحدهما دون الاخر لانه اذا علم بالتصرف

---

(١) المدونة جـ ١٣ ص ١٩٢ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥٣ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٢١٠ ، حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٢٠٧ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، الفروع جـ ٦ ص ٥٥٤ ، الدرر السنية جـ ٦ ص ٥١٢ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٤٣ .
(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٢ - ٩٤ .
(٣) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٥ .

قد يقول ماعلمت انه ملكي . كما يقول الرجل الان قد وجدت الوثيقة عند فلان فيقبل قوله ويحلف " وبهذا قال المالكية(١) واشار اليه الحنفية(٢) .

الشرط الثالث : سكوت المحوز عليه يشترط لعدم سماع دعوى المدعي ان لا يطالب بالشيء المحوز طوال مدة الحيازة فان طالب بحقه خلال تلك المدة فلا يبطل حقه في المطالبة وتسمع دعواه مهما طالت المدة(٣) .

الشرط الرابع : أن لا يكون ثمة مانع يمنع من مطالبة المدعي ، فان كان هناك مانع شرعي يمنعه من المطالبة خلال مدة الحيازة على تصرف الحائز فان دعواه تسمع وحقه باق .

ومن الموانع التي اعتبرها الفقهاء اعذارا لا يسقط معها الحق في المطالبة كون الحائز سلطانا او ذا شوكة يخاف منه او دائنا للمحوز عليه ويخاف ان أنكر عليه الحيازة أن يطالبه بالدين وهو لا يجد مايعطيه اياه ، ويدخل أيضا في الموانع كون المدعي خلال فترة الحيازة صغيرا أو سفيها او مجنونا فان السكوت في مثل هذه الاحوال لا يقطع الدعوى(٤) . وقال

---

(١) المدونة جـ ١٣ ص ١٩٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٣ ، ٩٥ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٢ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥٣ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٠٧ .

(٢) رد المحتار جـ ٤ ص ٣٤٤ .

(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٥ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٢٢١ ، الشرح الكبير وحاشية للدسوقي جـ ٤ ص ٢٠٧ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٤٣ - ٣٤٤ ، الدرر السنية جـ ٦ ص ٥١٢ .

(٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٣ ، ٩٥ ، ٣٦١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٠٧ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥٣ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٢٢١ وانظر رد المحتار جـ ٤ ص ٣٤٤ ، الفروع جـ ٦ ص ٥٥٤ ، حاشية المقنع جـ ٤ ص ٣١٨ ، الدرر السنية جـ ٦ ص ٥١٣ ، مجلة الاحكام العدلية مادة ١٦٦٣ .

ابن فرحون : " الا أن يكون المحوز عليه صغيرا او موليا عليه او بكـــرا غير معنسة فلا يضرهم سكوتهم وان طال ذلك وهم على حالتهم هذه حتـى يبلغ الصغير وتعنس البكر وينطلق المولى عليه من الولاية ثم يسكتون بعـد ذلك المدة المذكورة ... عالمين بمالهم فى ذلك من القيام "(١) .

الشرط الخامس : أن يكون المدعى عليه متصرفا فيما حاز تصـــرف الملاك كأن يبنى ويهدم ويسكن ويغرس ويزرع ويبيع ويهب ويتصدق ونحـــو ذلك مما لا يفعله الا اصحاب الملك عادة .. أما اذا لم يتصرف فيه فانـــه لا أثر لحيازته حينئذ ولا يعتد بها فلا تمنع من سماع دعوى المدعى مهما طال الزمن . وعلى هذا جمهور العلماء . (٢)

فاذا تحققت هذه الشروط لا تسمع دعوى المدعى ويمنع من التعـــرض للحائز .

وما ذكرنا من احكام وشروط فى الشىء المحوز انما يتحقق فيما كـــان ملكا للافراد وأما ما كان من الاموال العامة كالمساجد والطرق والحدائق والانهار

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦١ ، وانظر جـ ٢ ص ٩٥ .

(٢) المدونة جـ ١٣ ص ١٩٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٨ ، مواهـــب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٢ ، البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥٣ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٠٧ ، رد المحتـــار جـ ٤ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، درر الحكام جـ ٤ ص ٢٦٢ - ٢٦٥ ، مجلة الاحكام العدلية مادة ١٦٦٠ ، ١٦٦١ ، مرشد الحيران مـــادة ١٥١ ، ١٥٢ ، الدرر السنية جـ ٦ ص ٥١٣ ، الفروع جـ ٦ ص ٥٥٤ المغنى جـ ٩ ص ١٦٢ ، الانصاف جـ ١٢ ص ١٥ - ١٦ ، المقنع وحاشيته جـ ٤ ص ٣١٧ - ٣١٨ .

العامة والمراعى والاوقاف العامة ونحو ذلك فلا يحاز مهما طالت المدة قال العدوى " واما حق الله فلا يفوت بالحيازة ولو طالت المدة كحيازة طريق المسلمين او قطعة منها فلا يملكها ولو طال الزمان وتقبل الشهادة فيها بانها طريق ومثلها لو حاز مسجدا او محلا موقوفا على غيره فلا يملكه الحائز ولو طال الزمان . لان الحيازة لا تنفع فى الاوقاف . كما لا تنفع فى وثائق الحقوق فللمستحق مافيها القيام به ولو طال الزمان " (١) .

وذلك لان الحيازة على العامة غير ممكنة لان منهم الغائبون ومنهم القاصرون كالصغار والمجانين ونحوهم وحيث لا يمكن افراز حق هؤلاء من غيرهم فلا تجرى الحيازة فى المحال التى يعود نفعها للعموم (٢) .

...

---

(١) حاشية العدوى ص ٣٠٦ ، وانظر مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٢٥ وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٠٧ ، مجلة الاحكام العدلية مادة ١٦٧٥ ، درر الحكام جـ ٤ ص ٢٨١ .

(٢) درر الحكام جـ ٤ ص ٢٨١ .

ثانيا : أثر الحيازة فى كسب حقوق الارتفاق :

لما كانت الحيازة دليلا ظاهرا على ملكية الحائز لما تحت يده فـــان هذا يكون دليلا على ثبوت حقوق الارتفاق لمن حازها . فمن ينتفع بحــق من حقوق الارتفاق مدة الحيازة وشروطها السابقة ، فانه يقر على ذلــك ولا تسمع الدعوى عليه من مالك العقار المرتفق به لابطال هذا الارتفــاق .

ويستوى فى ثبوت حقوق الارتفاق بالحيازة أن يكون سبب الارتفاق مجهولا أصلا او يكون معلوما كما لو اذن له بالارتفاق مدة معلومة وظل ينتفع به بعد انتهاء تلك المدة بجميع وجوه الانتفاع طول مدة الحيازة وشروطها . ففى كلتا الحالتين يثبت حق الارتفاق (١) .

والحيازة فى الحقيقة ليست سببا منشأ للحق ولكن لما جهل السبب الصحيح لطول الزمن وبقى الحق قائما نسب الى الحيازة وأقر بناء على أنــه لم يكن الا لسبب صحيح استوجبه . والا لعورض فيه فزال قبل انتهــاء مدة الحيازة . ولعدم ترجيح سبب على آخر نسب الى الحيازة والقدم (٢).

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٥٩ - ٣٦١ .
(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٢ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٣ .

قال النووى : " فلو ملكا دارين ورأيا خشبا على الجدار ولا يعلم كيف وضع فاذا سقط الحائط فليس له منعه من اعادة الجذوع بلا خلاف ... لانا حكمنا بانه وضع بحق وشككنا فى المجوز للرجوع "(١) . فمادام بدء استعماله مجهولا لقدمه ولا يعرف سببه فان الحق يبقى ثابتا كما كان حتى يثبت بطلانه . لان الاصل انه لا يستعمل الا بسبب مشروع حملا لحال الناس على الصلاح الذى هو الاصل فيهم . قال ابن قدامة " واذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك او حائط جاره ولم يعلم سببه فمتى زال فله اعادته . لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح او غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه "(٢) .

وعلى هذا فمن كانت ارضه تشرب من زمن قديم من نهر او عين شخص ولا يعلم سببه فانه لا تسمع الدعوى عليه فيما بعد فى شربه ويكون هذا الحق ثابتا له . قال قاضيخان : " نهر فى سكة غير نافذة اراد رجل من أهل السكة ان يدخل الماء فى داره من ذلك النهر ويسقى بستانه وتمنعه الجيران عن ذلك . قال الفقيه أبوبكر البلخى رحمه الله تعالى : ان كان حديثا كان لهم المنع وان كان قديما كان له ذلك بمنزلة الظلة فوق السكة "(٣) .

---

(١) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٣ .

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٩ ، وانظر كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٢ .

(٣) فتاوى قاضيخان جـ ٣ ص ٣١١ ، وانظر روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٨ فتح العزيز جـ ٧ ص لوح ٤٩ .

ومن كان له مجرى او مسيل او علو قديم في ارض الغير أو على بنائه فانه لا يزال ولا تسمع الدعوى على صاحبه بازالته لان الظاهر انه ما وضع الا بسبب مشروع قال البهوتي : " (ومتى وجده) اى خشبه (أو) وجد (بناءه او مسيل مائه ونحوه) كجناحه او ساباطه (في حق غيره او) وجد (مجرى ماء سطحه على سطح غيره ولم يعلم سببه . فهو) اى ما وجده حق (له . لان الظاهر وضعه بحق) من صلح او غيره . خصوصا مع تطاول الازمنة (فان اختلفا) في انه وضع بحق اولا (فقول صاحب الخشب والبناء والمسيل) ونحوه انه وضع بحق (مع يمينه) عملا بالظاهر . (فان زال) الخشب ونحوه (فله) اى لربه (اعادته) لان الظاهر استمرار حقه فيه فلا يزول حتى يوجد ما يخالفه "(1) .

ففي هذه الاحوال وما يماثلها نحكم بثبوت الحق لمن يستعمله ، ولا نسمع الدعوى على المرتفق الا أن تبين لنا انه كان بسبب غير مشروع فحينئذ يحكم ببطلانه .

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٢ ، وانظر الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٥ ، المغني جـ ٤ ص ٥٥٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧١ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٧١ ، ٣٩٤ ، فتاوى قاضيخان جـ ٣ ص ٢١٣-٢١٤ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١١٧ ، ٤١٤ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦١ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٣٣ ، مجلة الاحكام العدلية مادة ١٦٦٢ .

ولبعض المالكية راى فى بقاء القديم على قدمه ولو كان مضرا • فيرون أن من كان يرتفق بملك غيره من القديم انه يبقى على ذلك ولو كان لا رتفاق مضرا قال الباجى : " واما القديم فقد قال سحنون فى قناة قديمة فى حائط رجل لا يغير القديم وان أضر بجاره • وكذلك قال فى الافران توقد للفخارين بين دور قوم ربما شكا جيرانها دخانها ان القديم منها لا يعرض له • وقال ابن القاسم فى المجموعة : من كانت له كوة قديمة يضر بجاره لا أمنعه من القديم "(١) •

بينما يرى مطرف وابن الماجشون خلاف ذلك وان الضرر لا يكون قديما كما هو رأى جمهور العلماء (٢) •

• • •

السبب الثامن : الجوار :

وهذا السبب خاص بحقوق الجوار •

فالجوار ينشئ حقوقا بين المتجاورين يجب عليهم مراعاتها وهذه الحقوق نوعان :

---

(١) المنتقى جـ ٦ ص ٤٣ ، وانظر تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٥٨-٣٦٣ •

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٣ ، وانظر المنتقى جـ ٦ ص ٤٣ •

النوع الاول : ايجابى :

ويتمثل ذلك بتمكين الجار من الانتفاع بملك جاره وابرز مسائل هذا النوع مما بحثه العلماء مسألة وضع الخشبة على الجدار .

فالاصل فى الارتفاق الايجابى بسبب الجوار ما روى أبوهريرة رضى الله عنه : (ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع جار جاره ان يغرز خشبه فى جداره . ثم يقول ابوهريرة رضى الله عنه : مالى اراكم عنها معرضين ؟ والله لارمين بها بين اكتافكم) رواه الجماعة (١) الا النسائى .

فنهى النبى صلى الله عليه وسلم الجار عن الامتناع عن تمكين جاره من غرز الخشب فى جداره دليل على ان للجار فى جدار جاره حقا سببه الجوار .

وقد اختلف العلماء فيما يدل عليه هذا الحديث اهو يدل على ان للجار حقا ثابتا فى جدار جاره ؟ ام انه يندب للجار ان يحسن الى جاره بتمكينه من الارتفاق بغرز خشبه فى جداره ؟

فذهب الى القول الاول الشافعى فى القديم (٢) والامام احمد وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة (٣) وهو قول اسحاق واهل الحديث (٤)

---

(١) سبق تخريجه فى ادلة المشروعية ص (٤٥)
(٢) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ .
(٣) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٥ ، الافصاح جـ ١ ص ٢٤٨ ، القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢٤٣ ، الطرق الحكمية ص ٣٠٦ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٢ كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١١ .
(٤) فتح البارى جـ ٥ ص ١١٠ ، شرح مسلم للنوى جـ ١١ ص ٤٧ ، شرح الموطأ للزرقانى جـ ٤ ص ٣٣ ، تحفة الاحوذى شرح السنن للترمذى جـ ٢ ص ٢٨٥ نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٩٣ .

والظاهرية (١) وبعض المالكية (٢) . فيرون ان من كان محتاجا الى جدار جاره لغرز خشبه فيه له ان يفعل ذلك ولو بغير اذن وان صاحب الجدار لا يجوز له ان يحول دون ذلك لانه حق له سببه الجوار وهذا مشروط بان لايتعارض مع مصالح صاحب الجدار . فان تعارض معها قدمت مصلحة المالك على مصلحة المرتفق .

وذهب الى القول الثاني : أبوحنيفة ومالك والشافعى فى الجديد ونسب الى الجمهور (٣) . فيرون ان يندب للجار ان يمكن جاره من غرز خشبه فى جداره لا انه يجب وحملوا الحديث على الندب جمعا بينه وبين الادلة الدالة على حرية المالك فى ملكه وانه لا يحل شىء من مال الانسان الا بطيب نفس منه .

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ١٠٧ .
(٢) المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤٣ - ٤٤ ، شرح الموطأ للزرقانى جـ ٤ ، ص ٣٣ .
(٣) فتح البارى جـ ٥ ص ١١٠ ، شرح صحيح مسلم للنووى جـ ١١ ص ٤٧ تحفة الاحوذى جـ ٢ ص ٢٨٥ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ١٠٨ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٧٥ ، البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥١ ، حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٣٣ ، شرح الموطأ للزرقانى جـ ٤ ص ٣٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٣ ، الافصاح جـ ١ ص ٢٤٧ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٥٥ ، نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٩٣ .

والذى أميل اليه ان الحديث يدل على الوجوب وان للجار حـــق ارتفاق فى جدار جاره لا يجوز لمالكه أن يحول دون تمكينه من ذلك مالم يتعارض مع مصالحه .

وسيأتى بسط الكلام فى هذا الموضوع عند الحديث عن احكام حـــق الجوار ان شاء الله .

...

النوع الثانى : سلبـــى

ويتمثل ذلك فى انتفاع الجار بكف جاره عن استعمال ملكه فيما يضـــر جيرانه .

وقد اختلف العلماء رحمهم الله فى كون الجوار يرتب حقا للجار فـــى ملك جاره يوجب عليه ان يكف عن استعمال ملكه فيما يضر الجار ضررا بينـــا على قولين :

القول الاول : ان الجوار يثبت للجار حقا فى ملك جاره بمقتضـــاه يمتنع الجار عن استعمال ملكه استعمالا يضر بجاره وبهذا قال المالكية (١)

---

(١) المدونة جـ ١١ ص ٣٩٥ ، جـ ١٥ ص ١٩٧ ، شرح الموطأ للزرقانى جـ ٤ ص ٣٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٢ .

والشافعية (١) والحنابلة فى الصحيح من المذهب (٢) وبه أخذ جمهـــور متأخرى الحنفية (٣) .

واستدلوا لذلك بما رواه ابوهريرة رضى الله عنه قال : قال رســـول الله صلى الله عليه وسلم : (من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يؤذ جاره) الحديث رواه البخارى (٤) .

فبين الرسول صلى الله عليه وسلم ان من علامات الايمان عدم ايـــذاء الجار فايذاؤه اذا من علامات غير الايمان فيكون ايذاؤه محرما ومن ايذائـــه استعمال الدار ونحوها فيما هو مصدر ازعاج للجيران كاتخاذها مكان صناعة بين المساكن او اتخاذ حانوت حدادة بين عطارين .

وعلى هذا فانه يدل على ان للجار حقا على جاره يلتزم بموجبـــــه بان لا يحدث فى ملكه مايضر جاره فلكل دار حق ارتفاق على ماجاورها مـــن الدور الاخرى مرجعه الى انه لا يجوز لاحد ملاك تلك الدور ان ينتفــــع بداره انتفاعا يضر بجيرانه ضررا فاحشا .

---

(١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٢٨٥ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٦٤ .
(٢) الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٠ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٨ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧٠ .
(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٤ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٦١ .
(٤) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ١٠ ص ٤٤٥ .

القول الثاني : ان الجوار لا يثبت للجار حقا في ملك جاره يمنع المالك من التصرف في ملكه بما يشاء ولكن ينبغي له ديانة ان لا يستعمل ملكه فيما هو مضر بجيرانه ولا يقضى عليه بذلك فلا يملك الجار منع جاره من الانتفاع بملكه ولو كان هذا الانتفاع يترتب عليه ضرر بالجار وبهذا قال متقدموا الحنفية (١) وهو ظاهر المذهب عندهم واخذ به قليل من متأخريهم (٢) وهو رواية مرجوحة عند الحنابلة (٣) وقول الظاهرية (٤).

وعللوا لذلك : "بأن الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع" (٥).

والذى يظهر لي أن الراجح ماذهب اليه أصحاب القول الاول من أن للجار حقا في ملك جاره يلتزم بموجبه بأن لا يستعمل ملكه فيما يضر جاره وان استعمله فيما هو مضر بالجار فعلى الحاكم منعه من ذلك مراعاة لحق الجار .

ويجاب عن تعليل أصحاب القول الثاني : بان تعلق حق الغير موجود فان هز حيطان الجار أو وهن بنائه بسبب استعمال الجار ملكه

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٩٦ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٤ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٦١ .

(٢) الدر المختار جـ ٤ ص ٣٦١ .

(٣) الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٠ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ .

(٤) المحلى جـ ٩ ص ١٠٥ .

(٥) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ ، وانظر المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ .

فيما لا يتناسب مع حال الساكن حوله يعتبر تعديا فيجب كفه والمنـــــع منه (١) .

...

---

(١) سيأتى تفصيل الكـلام فى هذا المعنى عند الكلام عن أحكام حق الجوار، ان شاء الله . ص (٣٨٣)

القسم الثانى

فى أحكام حق الارتفاق وأسباب انتهائه
ويشتمل على ستة أبواب

الباب الأول

في أحكام حق الشرب

الباب الأول

في

أحكام حق الشرب

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الاول : في أحكام المياه

الفصل الثاني : في الحريم

الفصل الثالث : في دعوى الشرب

—•—

((الفصل الاول : في أحكام الميـــاه))

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الاول : في احكام مياه الانهار .

المبحث الثاني : في احكام مياه الابار والعيون .

المبحث الثالث : في ضمان الاضرار الناشئة عن استعمال حق الشرب .

المبحث الرابع : في احكام المياه المحـــرزة .

—•—

المبحث الاول

أحكام مياه الانهار

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الاول : فى احكام مياه الانهار غير المملوكة .

المطلب الثانى : فى أحكام مياه الانهار المملوكة .

ونبدأ الكلام عن احكام مياه الانهار غير المملوكة نظرا لاهميتها . ثم نتبعها بالكلام عن احكام مياه الانهار المملوكة .

المطلب الاول

أحكام مياه الانهار غير المملوكة

الانهار غير المملوكة :

المراد بالانهار غير المملوكة هى ماكان منبعها مباحا ولا يد لأحد عليها وهى ثلاثة أنواع :

النوع الاول : الانهار الكبيرة : وهى التى لايستنفذ ماؤها عادة وتصب فى بحير أو بحيرة كنهر النيل والفرات وسيحون وجيحون .

فهذا النوع من الانهار لكل انسان حق الشرب منه لزرعه وأشجاره ولا يجوز لاحد تحجرها كما لا يجوز للامام اقطاعها [1] فاذا احيا انسان

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ .

أرضا وأجرى لها ماء من مثل هذا النوع من الانهار لم يملك أحد منعه من ذلك الا أن ترتب على فعله ضرر بالعامة فانه يمنع. كان يشق جدولا في موضع يخشى أن ينتج عنه ميلان الماء الى الجانب الذى اجرى منه الجدول الصغير فتتكسر الضفة وتغرق ما حوله من اراض ومزارع وقرى . ففي مثل هذه الحال يمنع من احداث الشرب لارضه مراعاة لحق العامة . لان دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولا ضرار) (١) .

---

(١) روى الحديث من عدة روايات :

الرواية الاولى : عن ابن عباس يرويه عنه عكرمة ولها ثلاث طرق عنه :

الطريق الاولى : عن جابر الجعفى عنه اخرجه ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٨٤ . رقم الحديث (٢٣٤١) واحمد . انظر ترتيب مسند الامام احمد جـ ١٥ ص ١١٠ . قال البوصيرى فى الزوائد فى اسناده جابر الجعفى وهو متهم .

الطريق الثانية : عن داود بن الحصين عن عكرمة وزاد (ولجارك أن يضع فى جدارك خشبته) اخرجه الدارقطنى (٥٢٢) . وابن الحصين احتج به الشيخان لكن قال الحافظ فى التقريب : ثقة الا فى عكرمة . التقريب جـ ١ ص ٢٣١ . انما تكلم فى روايته من قبل حفظه فحينئذ يتقوى بالطرق الاخرى .

الطريق الثالثة : رواه ابن ابى شيبة : حدثنا معاوية بن عمرو ثنا زائدة عن سماك عن عكرمة به . ذكره فى نصب الراية جـ ٤ ص ٣٨٤ - ٣٨٥ ، وسكت عليه . ورجاله ثقات رجال مسلم غير ان سماكا - وهو ابن حرب - شانه فى روايته عن عكرمة شان داود بن الحصين قال ابن حجر فى التقريب صدوق وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة وقد تغير باخره فربما كان يلقن . التقريب جـ ١ ص ٣٣٢ .

الرواية الثانية : عن عبادة بن الصامت : وسندها عن موسى بن عقبة ثنا اسحاق بن يحى بن الوليد عن عبادة مرفوعا . اخرجه ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٨٤ رقم الحديث (٢٣٤٠) واحمد المسند جـ ٥ ص ٣٢٦ - ٣٢٧ . قال ابن حجر فى الدراية ص ٢٨٢ فيه انقطاع بين اسحاق =

....

وعبادة . وفيه علة اخرى وهى جهالة حال اسحاق هذا . وقال البوصيرى فى الزوائد : جـ ٢ ص ٧٨٤ مع سنن ابن ماجه : هذا اسناد رجاله ثقات الا انه منقطع . لان اسحاق بن الوليد قال الترمذى وابن عدى لم يدرك عبادة بن الصامت . وقال البخارى : لم يلق عبادة .

الرواية الثالثة : عن ابى سعيد الخدرى . من رواية عثمان بن محمد ابن عثمان بن ربيعة بن ابى عبد الرحمن الراى ثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن يحى المازنى عن ابيه عنه وزاد : (من ضار ضره الله ومن شاق شق الله عليه) اخرجه الدارقطنى (٥٢٢) دون الزيادة . والبيهقى جـ ٦ ص ٦٩ وقال تفرد بن عثمان بن محمد قال الدارقطنى عثمان ضعيف واخرجه مالك فى الموطأ جـ ٦ ص ٤٠ ، مع شرحه المنتقى عن عمرو بن يحى المازنى عن ابيه مرسلا .

الرواية الرابعة : عن أبى هريرة . من رواية ابى بكر بن عياش قال : اراه قال عن ابن عطاء عن ابيه عنه مرفوعا بلفظ (لا ضرر ولا ضرورة ولا يمنعن احدكم جاره ان يضع خشبته على جداره) اخرجه الدارقطنى (٥٢٢) قال الزيلعى جـ ٤ ص ٣٨٥ : وابو بكر بن عياش مختلف فيه . قال الالبانى فى الارواء جـ ٣ ص ٤١١ : هو حسن الحديث وقد احتج به البخارى وانما علة هذا السند من شيخه ابن عطاء وهو يعقوب بن عطاء بن ابى رباح وهو ضعيف كما فى التقريب .

الرواية الخامسة : عن جابر . من رواية محمد بن اسحاق عن محمد بن يحي بن حبان عن عمه واسع بن حيان عنه مرفوعا . بلفظ (لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام) اخرجه الطبرانى فى الاوسط جـ ١ ص ١٤١ من زوائد المعجمين) وقال : لم يروه عن محمد بن يحى الا ابن اسحاق . قال الالبانى فى الارواء جـ ٣ ص ٤١١ : وهو ثقة لكنه مدلس وقد عنعنه .

الرواية السادسة : عن عائشة ولها عن عائشة طريقان :

الطريق الاولي : يرويها الواقدى . نا خارجة بن عبد الله بن سليمان ابن زيد بن ثابت عن ابى الرجال عن عمرة عن عائشة اخرجه الدارقطنى (٥٢٢) قال الالبانى : فى الارواء جـ ٣ ص ٤١٢ : وسنده واه جدا من اجل الواقدى فانه متروك .

وكذا يقال فى الانتفاع بمثل هذه الانهار بغير الشرب كنصب الرحى (١) ونحو ذلك .

فمياه هذا النوع غير مملوكه لاحد كما ان رقبة الانهار غير مملوكة على الخصوص . فيبقى ماؤها على أصل الاباحة . والناس فيه شركاء بمقتضى الشركة العامة فى المباحات كما فى قوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار) (٢) . رواه احمد وأبوداود .

= الطريق الاخرى : يرويها نافع بن مالك ابى سهيل عن القاسم عنها . قال الطبرانى فى المعجم الاوسط جـ ١ ص ١٤١ حدثنا احمد بن رشد حدثنا روح بن صلاح ثنا سعيد بن ابى ايوب عن ابى سهيل . قال الالبانى : هذا سند واه جدا لان روح بن الصلاح ضعيف واحمد بن رشدين قال الهيثمى جـ ٤ ص ١١٠ : قال ابن عدى : كذبوه .
الرواية السابعة : عن ثعلبة : يرويها اسحاق بن ابراهيم عن صفوان بن سليم عن ثعلبة مرفوعا . اخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير جـ١ ص ٧٠ . قال : حدثنا محمد بن على الصائغ نا يعقوب بن حميد بن كاسب نا اسحاق بن ابراهيم به قال الحافظ ابن حجر فى التقريب : اسحاق بن ابراهيم لين . الحديث التقريب جـ ١ ص ٥٤ . فالسند فيه ضعف .
الرواية الثامنة : عن ابى لبابة . يرويها واسع بن حبان عن ابى لبابة . اخرجه ابوداود فى المراسيل . وقال فى الدراية وهو منقطع بين واسع وابى لبابة .
فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث وهى وان كانت مفرداتها ضعيفة فان كثيرا منها لم يشتد ضعفها فاذا ضم بعضها الى بعض تقوى الحديث بها . قال الالبانى فى الارواء جـ ٣ ص ٤١٣ يرتقى بهذه الطرق الى درجة الصحيح ان شاء الله . وقال النووى فى الاربعين : حديث حسن . وله طرق يقوى بعضها بعضا . الاربعين النووية ص ٦٧ . وقال العلائى : للحديث شواهد ينتهى مجموعها الى درجة الصحة او الحسن المحتج به . ذكره الالبانى فى الارواء جـ٣ ص ٤١٣ . والله أعلم .
(١) الرحى : هى الطاحون . المصباح المنير جـ١ ص ٢٣٩ .
(٢) ترتيب مسند الامام احمد جـ ١٥ ص ١٣٢ . سنن ابى داود جـ٣ ص ٣٧٧ سبق تخريجه ص (١٠٢)

فمن سبق الى شىء من هذه الامور فهو له . ولا يملك احد أن يحول دونها فمن اراد حق الشرب لارضه واستجاره كان له ذلك . ومن اراد حق الشفة ودوابه واستعماله المنزلى كان له ذلك .
لنفسه

ومن أراد ان ينصب آلة على هذا النوع من الانهار لنزح الماء الى أرضه او لطحن دقيق او توليد كهرباء ونحو ذلك كان له ذلك على ان لا يترتب على فعله ضرر بالعامة "فالضرر يزال "(١) . فمن ألحق ضررا بالنهر العام كان لكل واحد من المسلمين المطالبة بمنعه من ذلك لان فى ماء هذا النهر حق لعامة المسلمين واباحة التصرف فى حقهم مشروطة بانتفاء الضرر عنهم(٢) . قال ابو يوسف " وان أراد رجل ان يكرى نهرا فى ارضه من هذا النهر الاعظم فان كان فى ذلك ضرر فى النهر الاعظم لم يكن له ذلك ولم يترك يكريه وان لم يكن فيه ضرر ترك يكريه "(٣) فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام(٤) .

<u>النوع الثانى</u> : النهر الصغير الذى يكفى أهله ويعلو ماؤه من غير حبس فلكل أحد من أهل هذا النوع من الانهار ان يأخذ منه شرب أرضه

---

(١) مادة (٢٠) من مجلة الاحكام العدلية .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٢ ، وانظر الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٤ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٠ ، الهداية للمرغينانى جـ ٨ ص ١٤٤ . الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٠ ، ٣٩٦ ، ٤٠٥ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ .
(٣) الخراج لابى يوسف ص ١٠٥ .
(٤) مادة (٢٦) من مجلة الاحكام العدلية .

فى وقت حاجته ولا يملك احد معارضته . وان اراد احد ان يحدث له منه شربا جديدا لارض لا شرب لها منه توقف ذلك على ما يتوقع من حال الماء حينئذ فان كان احداث الشرب الجديد يتوقع ان ينتج عنه ضرر باهل النهر كنقص الماء عنهم منع من ذلك وان لم يتوقع ذلك لم يمنع (١) .

النوع الثالث : النهر الصغير الذى لا يكفى جميع أهله :

وهو ما يزدحم الناس فيه ويتشاحون فى مائه . فهذا النوع من الانهار يكون الشرب منه للاول فالاول فلكل من مر به ان يحبس الماء حتى يأخذ تمام شربه ثم يرسله الى من يليه فيأخذ نصيبه منه ثم يرسله الى من يليه وهكذا ، الى أن ينتهى اصحاب الشرب او يفنى الماء . فان كان الماء قليلا بحيث لم يفضل بعد شرب الاول او الثانى شىء فلا شىء لمن بعدهم (٢) .

ودليل هذا النوع ما ورد فى السنة عن عبد الله بن الزبير عن أبيه رضى الله عنهما (أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة التى يسقون بها النخل فقال الانصارى : سرح

---

(١) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٤ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٠ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٦ .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٥٨٣ . مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٠ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٤ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٦٢ .

الماء يمر فأبى عليه فاختصما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : اسق يا زبير ثم ارسل الى جارك . فغضب الانصارى . ثم قال : يارسول الله آن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال للزبير : اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر ...) الحديث . رواه الجماعة [١] .

وجه الدلالة :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر الزبير بالسقى قبل الانصارى لان الماء يمر بالزبير قبله فدل على انه لا حق للثانى فى الشرب من هذا النوع الا بعد ان ينتهى منه الاول .

وقد اختلف العلماء فى المراد بالاول شربا هل هو من كان فى أعلى النهر ؟ أم هو الاول بالاحياء اى أول من احيا ارضا تشرب من هذا النهر ؟ قولان للعلماء .

القول الاول : ان المراد به من كان فى أعلى النهر أى مبدأ الماء من ناحيته سواء كان متقدم الاحياء او متأخره وتسميته بالاول لانه اول من يمر به الماء وبهذا قال بعض الحنابلة [٢] وابن حزم [٣] والحافظ بن حجر [٤]

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص (٤٧)
(٢) الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٥ .
(٣) المحلى جـ ٩ ص ١٠٢ .
(٤) فتح البارى جـ ٥ ص ٣٩ . واشار الحافظ الى ان متقدمى الشافعية وبعض متأخريهم يقولون بذلك ولم اجده فى كتبهم التى رجعت اليها .

والشوكانى (١) .

وأستدلوا لذلك بالسنة :

١ - ماروا ه مالك عن عبد الله بن ابى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم (أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سبيل مهزور ومذ ينب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الاعلى على الاسفل) رواه مالك فى الموطأ (٢) .

- وجه الدلالة :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم بين ان حكم السقى من سيل مهزور

---

(١) نيل الاوطار جـ ٨ ص ٢٨٤ ، جـ ٥ ص ٣٤٦ .

(٢) موطأ الامام مالك مع شرح الزرقانى جـ ٤ ص ٣٠ . واخرجه ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٣٠ وابوداود جـ ٣ ص ٤٣٠ من طريق المغيرن بن عبد الرحمن قال حدثنى ابى عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده (ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى سيل مهزور ان يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الاعلى على الاسفل) وهذا لفظ ابى داود ولفظ ابن ماجه (ثم يرسل الماء) قال احمد شاكر ورجاله ثقات . ورواه الحاكم جـ ٢ ص ٦٢ من طريق مالك عن ابى الرجال عن عمرة عن عائشة . وقال " حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه " ووافقه الذهبى . هامش الخراج ليحى بن آدم ص ٩٧ .
ومهزور : بفتح الميم واسكان الهاء هو وادى بنى قريظة بالقرب من المدينة يسيل بماء المطر . لسان العرب ماده (هزر) جـ ٥ ص ٢٦٣ .
ومذ ينب : بضم الميم وفتح الذال المعجمة وتحتية ساكنة ونون مكسورة وهو واد يسيل بماء المطر بالمدينة يتنافس الناس فى سيله . المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٣٣ ، شرح الزرقانى للموطأ جـ ٤ ص ٣٠ .

ومذ يقيب ثقد يممن كان فى أعلى الوادى على من كان فى أسفله ولم يتعرض للسبق فى الاحياء ، فدل ذلك على ان الحق فى الشرب انما هو للاعلى دائما سواء اكان متأخرا الاحياء على من هو أسفل منه أم متقدمه وان العبرة انما هى بالقرب من أعلى النهر.

٢ ـ استدلوا أيضا بظاهر وعموم (١) ما ورد فى قصة الزبير (٢) مع الانصارى حيث حكم الرسول صلى الله عليه وسلم للزبير بالشرب قبل الانصارى والماء يمر بالزبير اولا فهو فى أعلى الماء والانصارى أسفل منه فحكمه للزبير دليل على أن الاعلى هو المقدم فى الشرب .

...

القول الثاني : أن المراد بالاول هو الأقدم احياء للارض الشاربة من هذا النهر فهو أول من رتب شربا لارضه على هذا النهر سواء أكان فى أعلى النهر أم فى أسفله وهو قول المالكية (٣) والشافعية (٤) والمعتمد عند الحنابلة (٥) .

---

(١) الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٥.

(٢) تقدم ذكره وانظر ص (٤٧)

(٣) التاج والاكليل جـ ٦ ص ١٧ ، المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٣٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٦٧ ، البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٦٢ ، شرح التاودى جـ ٢ ص ٢٦٢ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٥.

(٥) الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٥ - ٣٨٦ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٥ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٩.

وعلى هذا القول فلو جاء انسان واحيا أرضا ميتة فى أعلى النهر لم يستحق من الشرب شيئا حتى ينتهى جميع أهل النهر ويفضل منهم شئ فله حينئذ ان يأخذ شربا لما أحياه .

وعللوا لذلك : بأن سابق الاحياء ثبت له حق الارتفاق بالشرب قبل من أحيا بعده ومن ملك أرضا ملكها بحقوقها ومرافقها وتقديم الاعلى المتأخر احياء على الاسفل المتقدم يؤدى الى اسقاط حق المتقدم الثابت له قبل احياء الاعلى . ولا أحد يملك اسقاط حق ثابت . فلا حق للمتأخر احياء فى الشرب الا بعد المتقدم سواء أكان هو الاعلى أم الاسفل (١) .

وأجابوا عن استدلال اصحاب القول الاول بالاحاديث السابقة : بأن كون الاعلى / هو الاحق بالشرب ~~أى الاقرب الى فم النهر~~ أولا انما مبناه على أنه هو الاول احياء لان من عادة الناس التسابق الى اقرب مكان من الماء فأول مايحيى هو أعلى النهر طمعا فى الحصول على الماء قبل الغير . ولما فيه من سهولة السقى وخفة المؤنة وقرب عروق الاشجار من الماء فجرى أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بسقى الاعلى قبل الاسفل على ماهو المعتاد من أن الاعلى هو الاقدم احياء (٢) .

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٨٥ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٩ .
(٢) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٦ .

والراجح عندى ماذهب اليه أصحاب القول الثانى من أن العبرة فى تقديم الشرب للمتقدم فى الاحياء لما ذكروه . فان المتأخر فى الاحياء لم يستحق شيئا من الماء قبل احيائه فى حين كان الاسفل له ذلك . فلو كان الماء لا يكفى الا أحدهما واعطى للمتأخر - (الاعلى) - لأدى الى ابطال حق الاسفل الثابت شربه من مدة طويلة لم يكن للاعلى حق فى الشرب وقتها فيؤدى الى الظلم بحق المتقدم احياء . والله أعلم .

هذا واذا كان الاعلى والاسفل قد أحيوا معا او جهل السابق بالاحياء منهما فيقدم الاعلى لان من ارضه قريبة من النهر أسبق الى الماء فكان أولى به كمن سبق الى المشرعة (١) .

هذا وبعد أن عرفنا الاول فى الشرب نتعرف فيما يلى على مقدار هذا الشرب :

...

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٨٤ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ .

المشرعة : هى مورد الناس للاستقاء من الماء العد الظاهر . المصباح المنير جـ ١ ص ٤٢٤

مقدار الشرب :

المراد بذلك : الكمية المستحقة من الماء لسقى الارض والشجر بحيث لا يملك أحد الاعتراض على استيفائها كما لا يجوز للمستوفى أن يزيد عليها .

وقد اختلف العلماء فى مقدار الشرب على ثلاثة أقوال :

القول الاول : ان مقدار الشرب معتبر بحيث يصل الماء فى جميع الارض الشاربة الى كعبى الرجل القائم . فلمن له شرب ان يرسل الماء الى أرضه الى أن يصل فى جميع اجزائها المستوية الى حد الكعبين . ولا فرق فى ذلك بين كون المسقى غراس نخل وشجر وكونه زرعا .

وبهذا قال جمهور العلماء (١) .

واستدلوا لذلك بالسنة :

ففيما ورد فى قصة الزبير مع الانصارى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للزبير : (اسق ثم احبس حتى يرجع الماء الى الجدر واستوعى له حقه)

قال ابن شهاب : فقدرت الانصار والناس قول النبى صلى الله عليه وسلم : اسق ثم احبس حتى يرجع الى الجدر . وكان ذلك الى الكعبين .

---

(١) فتح البارى جـ ٥ ص ٤٠ ، المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٣٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٤ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨١ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٥ ، شرح الزرقانى للموطأ جـ ٤ ص ٣٠ .

وجه الاستدلال :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم للزبير بان يسقى ارضه حتى يبلغ الماء فيها الى الجدر والجدر مساو للكعبين حسب تقدير اهل الخبرة والشأن من الانصار وغيرهم فكان المقياس الثابت أن يكون السقى الى الكعبين . ولم يفرق الرسول صلى الله عليه وسلم فى ذلك بين موضع من الارض وآخر فكان ذلك دليلا على أن المستحق من الشرب فى كل أرض وكل زمان ما يساوى الكعبين فى جميع أجزاء الارض الشاربة .

القول الثانى : ان مقدار الشرب يختلف باختلاف ما فى الارض من زرع وشجر فشرب الارض ذات الغراس من شجر ونخل الى الكعبين وشرب الارض ذات الزرع الى شراك النعلين . وبهذا قال بعض المالكية (١) .

ويستدل لهذا القول بالسنة :
ومن ذلك :
ما رواه جعفر بن محمد عن ابيه قال : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سيل مهزور ان لاهل النخل الى العقبين ولاهل الزرع الى الشراكين ثم يرسلون الماء الى من هو أسفل منهم) (٢) .

---

(١) المنتقى جـ ٦ ص ٣٤ ، شرح الزرقانى للموطأ جـ ٤ ص ٣٠ ، نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٤٦ .
(٢) الحديث رواه يحيى بن آدم القرشى . قال حدثنا حفص بن غياث عن جعفر بن محمد عن ابيه . الخراج ليحى بن آدم ص ٩٥-٩٦ .
قال احمد شاكر ان اسناد الحديث مرسل . هامش الخراج ، ص ٩٧ .

وجه الاستدلال :

قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بالتفريق بين شرب النخل وشرب الزرع وان شرب الزرع الى شراك النعلين . فدل ذلك على انه لا يجوز التسوية بينهما فنصيب الزرع الى شراك النعلين ولا يجوز لهم أن يزيدوا على ذلك.

...

القول الثالث : ان مقدار الشرب معتبر بالكفاية لكل ارض بحسبها وبهذا قال جمع من العلماء منهم الطبرى والمتولى (١) والسبكى (٢) والماوردى وابويعلى . وقالوا ان الكفاية تختلف من خمسة أوجه :

---

(١) المتولى : هو ابوسعد عبدالرحمن بن مأمون النيسابورى الشافعى ولد بنيسابور سنة ٤٢٧ هـ برع فى الفقه والاصول له عدة مصنفات منها التتمة فى الفقه . توفى ببغداد سنة ٤٧٨ .
طبقات الشافعية لابن هداية ص ١٧٦ - ١٧٧ ، شذرات الذهب ج ٣ ص ٣٥٨.

(٢) السبكى : هوعبدالوهاب بن على بن عبدالكافى بن على بن تمام السبكى الشافعى تاج الدين المكنى بابى نصر الفقيه الاصولى المؤرخ ، ولد بالقاهرة سنة ٧٢٧ هـ .
حصل تاج الدين فنونا من العلم من فقه وأصول وكان ماهرا فيه وفى الحديث والادب وبرع وشارك فى العربية وكانت له يد طولى فى النظم والنثر جيد البديهة ذا بلاغة وطلاقة لسان وجرأة جنان وذكاء مفرط صنف تصانيف عدة فى فنون كثيرة على صغر سنه ، انتهت اليه رياسة القضاء والمناصب بالشام . ومن تصانيفه شرح مختصر ابن الحاجب وشرح منهاج البيضاوى من القواعد المشتملة على الاشباه والنظائر توفى سنة ٧٧١ هـ .
شذرات الذهب ج ٦ ص ٢٢١ ، الفتح المبين ج ٢ ص ١٨٤ - ١٨٥.

الوجه الاول : اختلاف الارضين فمن الارض مايرتوى باليسير ومنها مالا يرتوى الا بالكثير .

الوجه الثانى : اختلاف مافى الارض . فما يكفى بعض النبات كالزرع مثلا لا يكفى النبات الاخر كالنخل والاشجار مما له أصل فللزرع قدر من الشرب وللنخل ونحوها قدر اكثر من ذلك .

الوجه الثالث : اختلاف الصيف والشتاء . فلكل واحد من الزمانين قدر من الشرب يختلف عن الزمن الآخر فكفاية الشرب فى الشتاء غير كفايته فى الصيف .

الوجه الرابع : اختلاف حال الماء فى استمرار جريه وانقطاعه . فان مايستمر جريه لا يؤخذ منه الا ما يستعمل فى وقته وما ينقطع يؤخذ منه مايستعمل فى وقته حاضرا وما يحتاج اليه فى المستقبل .

الوجه الخامس : اختلاف الارض من كون مسقيها وقت الزرع وكونه قبله فما تحتاجه من الماء قبل الزرع يختلف عما تحتاجه وقت الزرع فكل واحد من الوقتين له قدر يختلف عن الآخر .

فلوجود هذا الاختلاف من هذه الاوجه المتعددة لا يمكن تحديد الشرب بمقدار معين يعم كل أرض وكل زمان وانما المعول عليه هو قدر الكفاية . والكفاية معتبرة بالعرف والعادة المعهودة عند الحاجة(١) .

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨١ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٥ .

وأجابوا عن أدلة القائلين بالتحديد بمقدار معين يعم كل ارض فى كل زمان : بأن حكم النبى صلى الله عليه وسلم للزبير بما قدر بالكعبين حادثة عين[1] كان هو كفاية أرضه عندئذ فلا يعدى قدر كفاياتها الى غيرها ويعتبر هو القدر المناسب لكل أرض . فالأراضى تختلف كفايتها بحسب الاوجه السابقة .

الراجح :

وما ذهب اليه أصحاب هذا القول الاخير هو ما أميل اليه لما ذكروه من الاختلاف فى الحاجة الى الشرب بحسب الزمان والمكان والنبات . ولما أجابوا عنه عن ادلة القائلين بالتحديد بالكعبين من اجابة وجيهة وهو مايؤيده أهل الخبرة فى سقاية الارض والشجر . والله أعلم .

...

مسألة : كيفية سقى الارض غير المستوية :

اذا كانت الارض الشاربة مستوية لا انخفاض فيها ولا ارتفاع أرسل الماء فيها جميعا الى أن تأخذ تمام شربها فى جميع أجزائها .

وان كانت غير مستوية فبعض اجزائها مرتفع والبعض الاخر منخفض فلا يصل الماء الى المرتفع الا وقد جاوز المنخفض القدر المقرر شرعا لشربه أمر صاحبها بتسوية اجزائها اذا كان ذلك ممكنا ولا يترتب عليه ضرر[2] . والا أفرد

---

(١) فتح البارى جـ ٥ ص ٤٠ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٦٧ ، المواق جـ ٦ ص ١٧ ، المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٣٤ .

كل جزء منها مباين لما حوله بشرب مستقل . فيسقى احدهما ثم يحبس عنه الماء ويسقى الاخر وهكذا الى أن يأخذ كل جزء من اجزاء الارض شربه بتمامه بلا زيادة ولا نقصان (١) .

مسألة : من شرب اولا هل يرسل الى من دونه جميع الماء ، او لا يرسل الا مازاد على قدر شربه ؟

قولان للمالكية :

أولهما : ان الاول بعد شربه يرسل جميع الماء بما فى ذلك ماهو مقدر لشرب ارضه الى من يليه حتى لا يبقى فى ارضه شىء من الماء . وبهذا قال ابن القاسم .

ثانيهما : ان الاول لا يرسل الا مازاد عن قدر الشرب فاذا كان قدر الشرب مثلا الى الكعبين فلا يرسل من الماء الا مازاد على الكعبين واما ماكان قدر الكعبين فهو شرب لارضه لا يخرج منها وبهذا قال مطرف وابن وهب (٢) وابن الماجشون (٣) .

---

(١) المراجع السابقة ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ،فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٥ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٨ ، نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٤٦ ، الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٤ .

(٢) ابن وهب : هو أبو محمد عبدالله بن وهب بن مسلم القرشى المصرى الفقيه المحدث . ولد سنة ١٢٥ هـ رحل الى مالك ولازمه حتى توفى . اشتهر بالتثبت فى الرواية والفتيا والتبحر فى العلم وكان مالك يكتب اليه (الى ابن وهب فقيه مصر) وهو من اتباع مالك واصحابه ولكنه كان فقيها مجتهدا له آراء خالف فيها مالكا . له مؤلفات فى الفقه سلك فيها مسلك الاجتهاد وله فى الحديث الموطأ الكبير والصغير . توفى بمصر سنة ١٩٧ هـ .
الديباج المذهب ص ١٣٢ ، وفيات الاعيان لابن خلكان جـ ١ ص ٣١٢ الفهرست لابن النديم ص ٢٨١ ، الفتح المبين جـ١ص ١١٩-١٢٠ .

(٣) المنتقى جـ ٦ ص ٣٤ ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٦٧ =

وماذهب اليه أصحاب هذاالقول هو ما أميل اليه . لان حبس الماء بمقدار معين انما هو لحاجة الارض ،فهو حق لها فلايخرج منهابعد ذلك ثم ان باخراجه منها ضرر والضرر مرفوع .

...

= المواق جـ ٦ ص١٧٦ ، فتح البارى جـ ٥ ص ٤٠ .

المطلب الثاني : أحكام مياه الانهار المملوكة

الانهار المملوكة هي : ماكان اجراؤها بسبب تصرف الانسان بأن قام شخص فأكثر بحفر مجرى لاخذ الماء من النهر العام ونحوه الى الارض المراد سقيها .

فهذا النوع من الأنهار يكون مملوك الرقبة ملكا مشتركا بين الذين احتفروه بحسب العمل والنفقة كسائر الاملاك . ولا يجوز لاحد من أهله أن يتصرف فيه دون اذن الجميع سواء ترتب على ذلك ضرر أو لا لان حرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك فلاينصب عليه عبارة ولا رحى ولا يزيد في فم النهر الا برضا الجميع ولو لم يلحق بهم ضرر لاشتراك الجميع فيما هو ممنوع من التفرد به ، فمال الشركة لا يجوز التصرف فيه الا باذن الشركاء .

ويقسم الماء بين اهل هذا النهر على حسب ما اتفق عليه أو حسب العمل والنفقة فيه ان علم ذلك فان جهل قسم على قدر الارضين لان الظاهر انه كان كذلك فكل ارض تحتاج كفايتها من الشرب ولا شرب لها الا من هذا النهر فتعين ان نصيبها من الشرب ان تروى جميع اجزائها . ولا ينظر في هذا النوع من الانهار لمتقدم ومتأخر أو أعلى أو أسفل لان الكل شركة من غير تفضيل لاحد على أحد .

ولقسمة الماء بين أهل هذا النهر كيفيات متعددة تختلف بحسب العرف (1) .

---

(1) ذكر الفقهاء بعض كيفيات لتقسيم الماء بين الشركاء منها : =

ولكل واحد من الشركاء في هذا النهر أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما شاء من عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة أو غير ذلك من التصرفات لانها ملكه لا حق لغيره فيها.(١)

وتفرع عن هذا الموضوع مسألة اختلف الفقهاء فيها وهي :

ما إذا حصل نصيب الانسان من الماء في ساقيته فهل له أن يسقى به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر أو يعطيه من يسقى به .؟ أو ليس له ذلك ؟ .

للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال :

= ١ - المهايأة : وذلك بأن يتناوبوا الشرب من النهر بالايام لكل واحد منهم يوما او بالساعات كان يكون لاحدهم من شروق الشمس الى ماقبل الزوال والاخر بعده الى الغروب وللثالث الى منتصف الليل ونحو ذلك .
٢- اقتسام فم النهر بأن يوضع فيه خشبة مثقبة بثقوب كل ثقب لشخص تختلف سعته باختلاف مقدار صاحبه من الماء .
٣ - ان يحتفر كل واحد منهم في وجه ارضه بركة تكفى لسقى ارضه فيملأها من ماء النهر ..
الى غير ذلك من الصور التي تحقق المقصود من اعطاء كل ذي حق حقه وهذه مسائل تختلف باختلاف الازمان والاماكن .
المغنى جـ ٥ ص ٥٨٦ ، ٥٨٨ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى ، ص ٢١٦ ، الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٨١-١٨٢ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩١ .

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٠-١٩١ ، فتح القدير جـ ٨ ص ١٤٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٦ ، المواق جـ ٦ ص ١٧ ، المنتقى جـ ٦ ص ٣٣ ، الشرح الكبير وحاشيته الدسوقي جـ ٤ ص ٦٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٨١ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى ص ٢١٥ - ٢١٦ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٩ ، الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٥-٥٨٨ .

الاول : أن له ذلك وبهذا قال المالكية [1] والحنابلة فى الصحيح من المذهب [2] .

وعللوا ذلك : بأن صاحب الساقية قد انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقى منه ماشاء كما لو انفرد به من أصله .

والثانى : ليس له ذلك وبهذا قال الشافعية [3] والقاضى ابويعلى من الحنابلة [4] .

وعللوا ذلك : بأنه يؤدى الى ان يكون دليلا على ان للارض المسقية منه قسطا من الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها للشرب فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لا ينفذ ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى فاراد تنفيذ احداهما الى الاخرى لم يجز . لانه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين [5] .

وأجاب اصحاب القول الاول عن تعليل هؤلاء بقولهم : لا نسلم ماذكروه فى الدارين . وان سلمنا فالفرق بينهما ان كل دار يخرج منهما الى درب

---

(١) المنتقى للباجى جـ٦ ص ٣٣- ٣٤ .
(٢) المغنى جـ ٥ ص ٥٨٧ - الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٦
(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٧٥ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١١ .
(٤) الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٧ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٧ .
(٥) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٧٥ ، المغنى جـ ٥ ص ٥١٧ .

آخر مشترك ، لان الظاهر ان لكل دار سكانا فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطراقا الى درب غير نافذ لم يكن لهم حق فى استطراقه . وههنا انما يسقى من ساقيته المفردة التى لا يشاركه غيره فيها . فلو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد (١) .

القول الثالث : ينظر الى حال الشركاء بالنهر وكفايتهم من الشرب فان كان الماء كثيرا يفى بحاجة الجميع فلصاحب الساقية ان يجرى ماءها الى حيث شاء . وان كان ذلك يضر ببقية الشركاء وهم يحتاجون الى ما فضل من مائه فليس له ذلك . وبهذا قال الحنفية (٢) .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح ما ذهب اليه اصحاب القول الاول من أن الانسان اذا حصل نصيبه من الشرب فى ساقيته ان يصرفه الى ما شاء كان يسقى به ارضا لا شرب لها من النهر لما ذكروه من التعليل الصحيح فان ما حصل بساقيته هو أحق به . والله أعلم .

...

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٨٧ .
(٢) الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٧ .

فرع: انتفاع الاجنبي بالنهر المشترك :

عرفنا فيما تقدم أن النهر المشترك ملك لجميع الشركاء وانه لا يجوز لاحد الشركاء ان يتصرف فيه الا بموافقة البقية . ونبين فيما ياتى حكم انتفاع غير الشريك بالنهر فنقول :

ان انتفاع الاجنبي بالنهر المشترك اما ان يكون انتفاعا بالشرب واما ان يكون انتفاعا بالشفة . وقد فرق العلماء بينهما فقالوا :

أولا : حكم انتفاع الاجنبي بالشرب من النهر المشترك :

اتفق العلماء على أنه لا يجوز أن يرتب شرب من النهر المشترك لارض لا شرب لها منه دون اذن اصحابه . لما فى ذلك من التعدى على ملك الغير وهو امر لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه) رواه احمد والدارقطني (١) والبيهقي . فما لم تطب نفس جميع الشركاء باخذ الشرب لتلك الارض وما لم يأذنوا بالتصرف فى حافة النهر لاجراء الماء لا يجوز لاحد ان يحدث شيئا من ذلك .

ولا فرق فى هذا بين الاجنبي واحد الشركاء اذا اراد أخذ الماء لارض لا شرب لها من النهر المشترك . فلو أراد اجنبي ذلك منع كما أنه لو أراد أحد الشركاء أن ياخذ من النهر قبل قسمه ويسقى به أرضا له فى أعلى النهر ليس لها شرب منع أيضا لان الشرب للارض لا للشخص وهذا احداث شرب لارض لا شرب لها فهو حينئذ كالاجنبي من الشركاء فى هذه الارض.

---

(١) مسند احمد جـ ٥ ص ٧٢ ، الدارقطني ص ٣٠٠ ، السنن الكبرى للبيهقي جـ ٦ ص ١٠٠ ، ورد الحديث بعدة روايات :

فيمنع كل ذلك لما ذكر ولما يؤدى اليه من أضرار تلحق بالملاك . فلو جاز

= الرواية الاولى : عن حماد بن سلمة . أنا على بن زيد عن ابى حرة الرقاشى عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فذكره . اخرجه احمد جه ص ٧٢ والدارقطنى ص ٣٠٠ ، والبيهقى جـ ٦ ص ١٠٠ قال الهيثمى فى المجمع جـ ٤ ص ١٧٢ : وابوحره وثقه ابوداود وضعفه ابن معين . وقال ابن حجر فى التقريب ابوحرة ثقة . قال الالبانى فى الارواء جـ ٥ ص ٢٧٩ : لكن العلة من الراوى عنه على بن زيد وهو ابن جدعان . ضعيف الا انه يستشهد به ويتقوى حديثه .

الرواية الثانية : عن سليمان بن بلال عن سهيل بن ابى صالح عن عبد الرحمن بن سعيد عن ابى حميد، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل لامرىء أن يأخذ مال اخيه بغير حقه ذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم) أخرجه الامام احمد جـ ٥ ص ٤٢٥ .
وفى لفظ : (لا يحل للرجل ان يأخذ عصا اخيه بغير طيب نفسه وذلك لشدة ما حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم من مال المسلم على المسلم) اخرجه الطحاوى فى مشكل الاثار جـ ٤ ص ٤١ - ٤٢ ، وابن حبان فى صحيحه (١١٦٦) والبيهقى جـ ٦ ص ١٠٠ . ورواه ابوبكر بن ابى اويس عن سليمان فقال (عبد الرحمن ابن سعيد) قال الالبانى جـ ٥ ص ٢٨٠ فى الارواء رجاله على شرط مسلم فالسند صحيح . وقال الهيثمى فى المجمع جـ ٤ ص ١٧١ رواه احمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح .

والرواية الثالثة : عن عمارة بن حارثة الضمرى يحدث عن عمرو بن يثربى قال : (شهدت خطبة رسول اللن صلى الله عليه وسلم بمنى فكان فيما خطب به ان قال : ولا يحل لامرىء من مال اخيه الا ما طابت به نفسه . قال : فلما سمعت ذلك قلت : يارسول الله أرأيت لو لقيت غنم ابن عمى فاخذت منها شاة فاجتزرتها هل على فى ذلك شىء ؟ قال : ان لقيتها نعجة تحمل شفرة وزنادا بخبت الجميش فلا تمسها) الجميش : ارض حول مكة ليس بها انيس . اخرجه البيهقى جـ ٦ ص ٩٧ . واحمد المسند جـ ٣ ص ٤٢٣ . والدارقطنى ص ٢٩٩-٣٠٠ . وقال الهيثمى رواه احمد وابنه من زياداته ورجال احمد ثقات . قال الالبانى : عمارة ابن حارثة اورده ابن ابى هاشم جـ ٣ ص ٣٦٥ ولم يذكر فيه جرحا ولا تعديلا واما ابن حبان فاورده فى الثقات جـ ١ ص ١٦٩ . =

لكل أن يحدث شربا دون اذن الشركاء لادى ذلك الى نقص الماء عن الملاك وهذا عرضة لضياع حقهم وهلاك ممتلكاتهم .

فلايجوز لاحد ان يتعدى ويأخذ من النهر المملوك شربا لارضه دون اذن جميع اهله . فلو اذن بعضهم لم يجز للماذون له ان ياخذ شيئا من النهر دون اذن البقية بل لو اذنوا الا واحدا لم يصح اذنهم . ولو كان هذا الواحد غائبا او صبيا انتظر حتى القدوم والبلوغ . فلابد من اذن الجميع بذلك لان كل فرد له حق في النهر ويناله باحداث الشرب الجديد ضرر (١) .

قال ابن قدامة (٢): " ولو اراد احد الشركاء ان ياخذ من النهر قبل قسمه شيئا يسقى به ارضا في اول النهر او غيره او اراد انسان غيرهم ذلك لم يجز . لانهم صاروا احق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم . ولان الاخذ

= وهذه الروايات يقوى بعضها بعضا تصل بالحديث الى درجة الصحيح وقال الالباني انه صحيح . ارواء الغليل جـ ٥ ص ٢٧٨ .

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٠٦ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٧ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٦ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١١٤ ، ١١٥ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ ، المنتقى للباجي جـ ٦ ص ٣٢ - ٣٤ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١١ ، المغني جـ ٥ ص ٥٨٨ ، الانصاف جـ ٦ ص ٣٨٧ .

(٢) ابن قدامة : هو موفق الدين ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسي الدمشقي الصالحي . الفقيه الزاهد الامام شيخ الاسلام ولد في سنة ٥٤١ هـ بجماعيل وقدم دمشق مع اهله وله عشر سنين فتعلم العلم ورحل الى بغداد في طلبه . وكان شيخ الحنابلة في وقته صنف كتبا حسانا في الفقه وغيره من اكبرها كتاب المغني . توفي سنة ٦٢٠ هـ .
ذيل طبقات الحنابلة جـ ٢ ص ١٣٣ - ١٤٩ .

من الماء ربما احتاج الى تصرف فى حافة النهر المملوك لغيره او المشترك بينه وبين غيره "(١) .

وما جاء فى الفتاوى الهندية " قلت لابى يوسف(٢) رحمه الله تعالى فى نهر بين قوم فأذنوا كلهم رجلا ليسقى الماء الا رجلا منهم لم يأذن له . او فى اصحاب النهر صبى قال لا يسعه ان يسقى حتى يأذنوا كلهم جميعا "(٣)

وقال فى مغنى المحتاج " ويصنع كل واحد بنصيبه ماشاء . لكن لا يسوقه لأرض لا شرب لها من النهر لانه يجعل لها شربا لم يكن "(٤) . فيرى الشافعية انه حتى بعد قسم الماء لا يجوز لاحد سوقه لارض ليس لها شرب من النهر لما قد يسببه ذلك مع تطاول الزمن من اعتباره حقا لازما لها . وقد سبق بيانه فمن باب اولى لا يرون لاحد ان يسوق شيئا من الماء المشترك قبل قسمه لارضه او ارض غيره .

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٨٨ .

(٢) ابو يوسف : هو الامام يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصارى ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ لازم ابا حنيفة فكان الغالب عليه مذهب ابى حنيفة ويخالفه فى بعض المسائل . كان عالما مجتهدا ولى القضاء وكان له مقام كبير عند الرشيد . له عدة مؤلفات منها الخراج . توفى سنة ١٨٢ هـ وفيات الاعيان جـ ٢ ص ٤٠٠ ، الفتح المبين جـ ١ ص ١٠٨ .

(٣) جـ ٥ ص ٤٠٦ ، وانظر الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٧ .

(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ ، وانظر روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١١ .

ثانيا : حكم انتفاع الاجنبى بالنهر المشترك بالشفة :

لما كان الماء قوام الحياة كما قال الله تعالى : (وجعلنا من الماء كل شىء حى) (١) فلا أحد يستطيع العيش بدون الماء . جاء الشرع الالهى بما ييسر الحصول على هذا العنصر الضرورى لبقاء الحياة . فقال صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه ابوهريرة رضى الله عنه (ثلاثة لا ينظر الله اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم : رجل كان له فضل ماء بالطريق فمنعه من ابن السبيل . ورجل بايع اماما لا يبايعه الا للدنيا فان اعطاه منها رضى وان لم يعطه منها سخط ورجل اقام سلعة بعد العصر فقال والذى لا اله غيره لقد اعطيت بها كذا وكذا فصدقه رجل ...) الحديث (٢) رواه البخارى فهذا الوعيد الشديد لمن منع ابن السبيل فضل مائه انما هو لمكانة الماء فى حفظ النفوس ووجوب الحفاظ على بقائها . وروى ابو داود عن بهيسه (٣) ، قالت : (استأذن ابى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل يدنو منه ويلتزمه . ثم قال : يانبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الماء ..) الحديث. فدل على ان من كان عنده ماء لا يحل له منعه وان عليه بذله لمن أراده .

---

(١) سورة الانبياء آية (٣٠) .
(٢) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ٣٤ .
(٣) سنن ابى داود جـ ٣ ص ٣٧٧ ،
بهيسه مجهولة والراوى عنها منظور بن سيار وعنه ابنه سيار وهما مجهولان .
هامش الخراج ليحى بن آدم تعليق أحمد شاكر ص ١٠٧ .

وروى عن رجل من الصحابة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال " (المسلمون شركاء فى ثلاث الماء والنار والكلأ) رواه احمد وأبوداود (١) .

وروى أبوهريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ) (٢) متفق عليه (٣) . فنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء لانه وسيلة الى المنع من الرعى مما حوله ، وما ذاك الا لان اكل الماشية للكلأ يحتاج الى شرب الماء فالمنع من الماء منع من الكلأ أيضا .

فحق الشفة ثابت اذاً فى المياه المملوكة لما ورد من الاحاديث المتقدمة وللامور التالية :

أولا : كون الماء عنصرا اساسيا من عناصر الحياة فحاجة الانسان اليه مستمرة فى حال السفر والاقامة فالمسافر لا يستطيع حمل ما يكفيه من الماء فى سفره حتى يعود فلابد له من التزود فى اثناء طريقه بالماء والا لادى ذلك الى تعطل الاسفار فتتعطل مصالح العباد . والمقيم ايضا لابد له من مصدر يشرب منه الماء .

---

(١) ترتيب مسند الامام احمد جـ ١٥ ص ١٣٢ ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ٣٧٧ رقم الحديث (٣٤٧٧) سبق تخريجه انظر ص (١٠٢)

(٢) الكلأ : مايرعاه الحيوان من رطب ويابس .

(٣) الحديث رواه مالك فى الموطأ بشرح الزرقانى جـ ٤ ص ٣٠ والبخارى جـ ٥ ص ٣١ ومسلم جـ ١٠ ص ٢٣٠ والترمذى جـ ١ ص ٢٤٠ وابن ماجه جـ ٢ ص ٨٢٨ من حديث ابى الزناد عن الاعرج عن ابى هريرة ورواه أبو داود جـ ٣ ص ٣٧٦ رقم الحديث (٣٤٧٣) من حديث الاعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة .

قال في تبيين الحقائق (١) " ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه ان يستصحب مايكفيه الى أن يرجع الى وطنه فيحتاج الى أن يأخذ الماء من الآبار والانهار التي تكون على طريقه لنفسه ودابته " .

ثانيا : ان مثل هذه الانهار - عادة - لا تؤثر فيها الشفة تأثيرا بينا بحيث تلحق ضررا كبيرا بالملاك من جراء الاستعمال المألوف ، بينما لو منع ابن السبيل من ذلك لادى الى الحرج والضيق الذى يتنافى مع مقاصد الشريعة وقد قال صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولا ضرار) (٢) فلو وقع ضرر على أهل النهر فهو يسير بالنسبة لما يتوقع حصوله لاهل الشفة لو منعوا من استعمال مياه مثل هذه الأنهار (٣) ، " والضرر الاشد يزال بالضرر الاخف " (٤) .

ثالثا : ان مياه هذه الانهار لم تحرز فمياهها متجددة مباحة والمباح لا يملك الا بالاحراز فما لم يحرز لا يجوز ان يحال بينه وبين اهل الشفة . قال في تبيين الحقائق (٥) : " ولان الأنهار والآبار لم توضع للاحراز والمباح لا يملك

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٣٩ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٤ .
(٢) سبق تخريجه انظر ص (١٦٥)
(٣) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٣٩ ، الاقناع وحاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٢٠٢ .
(٤) مجلة الاحكام العدلية مادة (٢٧) ص ١٩ .
(٥) جـ ٦ ص ٣٩ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٤ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٦ ، الاقناع وحاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٢٠١ .

الا بالاحراز " . وهو ما نصت عليه مجلة الاحكام العدلية فالمادة رقم (١٢٦٦) تقول "للانسان والحيوان حق الشفة فى الماء الذى لم يحرز" [١]، وعلى هذا جمهور العلماء [٢].

وفرق مالك بين من يكون مضطرا الى الماء لشربه او سقى دوابه ومن ليس بمضطر فمن كان مضطرا وجب بذل الماء له ومن ليس بمضطر لا يجب بذله له الا بعوض . جاء فى المدونة [٣] " قلت أرأيت لو أن قوما مسافرين وردوا ماء فمنعهم اهل الماء من الشرب أيجاهدونهم فى قول مالك أم لا ؟ قال : ينظر فى ذلك فان كان ماؤهم مما يحل لهم بيعه مثل البئر يحفرها الرجل فى داره أو فى أرضه قد وضعها لذلك يبيع ماءها كان لهم ان يمنعوهم الا بثمن الا أن يكونوا قوما لا ثمن معهم وان منعوا الى ان يبلغوا ماء غيره خيف عليهم فلا يمنعوا وان منعوا جاهدوهم . واما ان لم يكن فى ذلك ضرر يخاف عليهم فلم أر ان يأخذوه منهم الا بثمن " .

فالامام مالك يرى انه لا يجب بذل ماء البئر المملوكة لاهل الشفة الا فى حال الضرورة . ويستحب فى غيرها [٤] وهذا رأيه فى البئر .

---

(١) مجلة الاحكام العدلية ص ٢٤٣ .
(٢) الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٦ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٩ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣٧٤ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٥٥ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٦ ، فتح البارى جـ ٥ ص ٣٢ ، زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٥٩ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤٦٧ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٠ ، الخراج لابى يوسف ص ١٠٣ ، الاقناع وحاشية البجيرمى جـ ٣ ص ٢٠٢ .
(٣) جـ ١٥ ص ١٨٩ - ١٩٠ .
(٤) التاج والاكليل جـ ٦ ص ١٦ ، شرح الخرشى على خليل جـ ٧ ص ٧٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٦٥ .

وقد نص فقهاء المالكية على التسوية بين البئر والعين المستنبطة وغير المستنبطة والغدير في الحكم من حيث جواز بيع مائها للشفة ولزوم بذله عند عدمهم للثمن (١) .

الراجح :

الذى تطمئن النفس الى أنه الحق والصواب هو ما ذهب اليه جمهور العلماء من لزوم تمكين أهل الشفة من الشرب من هذه الانهار لموافقته النصوص الصحيحة والتعليلات الصريحة . والله أعلم .

اذا تبين هذا فان حق الشفة في المياه المملوكة ليس على اطلاقه وانما هو مقيد بما يلي :

شرط ثبوت حق الشفة في الانهار المملوكة :

يرى العلماء أن ثبوت حق الشفة في الانهار المملوكة مشروط بعدم الحاق الضرر بالانهار او مياهها فان حصل شيء من ذلك فلهم المنع منه .

ومثلوا للضرر البين بما يلحق النهر من خراب ضفته نتيجة ازدحام الحيوان عليه وبما يلحق الماء من أن تأتي الماشية عليه كأن تكون كثيرة والماء قليل ففي مثل هذه الحال يمنع أهل الماشية من ذلك . قال الزيلعي (٢) " حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته او غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب

---

(١) التاج والاكليل جـ ٦ ص ١٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٦٥ .

(٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٣٩ ، ٤٠ .

النهر لكثرة البقور يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته "

وعلى هذا جمهور أهل العلم (١) . وقال بعض الحنفية لا يمنعون (٢) .

والراجح ماعليه الجمهور لان الضرر لا يزال بالضرر فمن ثبت له حق الشفة فى هذه الانهار طلزم بالمحافظة على شواطئها فيستعملها الاستعمال المعتاد والا منع من الشفة لانه حينئذ مضار والضرار يجب رفعه .

والحكم السابق ليس على اطلاقه بل هناك بعض الحالات التى يثبت فيها حق الشفة ولو أدى الى الضرر بالانهار او بمياهها . كما اذا كان أهل الشفة مسافرين ومروا بماءهم فى حاجة اليه لشربهم وشرب دوابهم وكان ذلك يقضى على جميع الماء وهذا ضرر بصاحب الماء لكنه لا يمنع من حق أهل الشفة . لان ضرر صاحب الماء أخف من ضررهم . لان حرمة النفس أعظم من حرمة الزرع . كما ان الزرع قد لا يضره كثيرا انقطاع الماء عنه مدة من الزمن بخلاف الانسان والحيوان . ومن ناحية أخرى فبامكان صاحب الزرع الحصول على الماء الذى يسقى به ارضه وزرعه بعد ذلك لان للزرع

---

(١) الهداية جـ ٨ ص ١٤٥ ، العناية جـ ٨ ص ١٤٥ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٦ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١١٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩١ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٢ ، الاقناع وحاشية البجيرمى جـ ٣ ص ٢٠١ - ٢٠٢ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٠ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤٦٧ .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٢ .

والاشجار قدرة على الامتناع عن الماء أكثر من صبر ذوات الارواح غالبا فتقدم ذوات الشفة على الزروع ونحوها .

- طريق استيفاء حق الشفة :

الانهار المملوكة اما أن تتصل بطريق عامة أولا .

ففي الحال الاولى : وهي ما اذا كانت متصلة بطريق عامة يتعين على أهل الشفة أن يسلكوها لاستيفاء حقهم من النهر ولا يجوز لهم المرور بأرض الغير لعدم حاجتهم لذلك ولما يسببه مرورهم بالارض من أضرار ومضايقة للمالك يمكنهم الوصول الى حقهم بدونها .

وفي الحال الثانية : وهي ما اذا لم يكن هناك طريق عامة توصل الى النهر يتعين على صاحب الارض ان يمكن اهل الشفة من المرور في أرضه ليصلوا الى النهر. فان أبى عليهم ذلك ألزم باخراج الماء اليهم في طريق عامة (١) . وان امتنع عن هذا الاخير فهو ظالم لهم . وحينئذ لاهل الشفة ان يدفعوا هذا الظلم بالدخول في ملكه فان لم يستطيعوا ذلك الا باستعمال القوة والسلاح وكان في الماء فضل وكانت حالهم حال ضرورة كان لهم استعمال السلاح ضده والوصول الى الماء لانقاذ حياتهم وحياة مواشيهم . وعلى هذا جمهور أهل العلم. (٢)

---

(١) العناية جـ ٨ ص ١٤٤ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٦ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١١٤ ، الدر المختار جـ ٥ ص ٢٨٣ .

(٢) الخراج لابي يوسف ص ١٠٥ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٦٧- ٣٦٨ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٠ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٥ ، الدر المختار ص ٢٨٣ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى ص ٢١٩ ، المدونة جـ ١٥ ص ١٩٠ ، الاقناع وحاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٢٠١ ،

ويحتج لهذا بما أثر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى قصة "القوم السفر الذين وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها . فقالوا : ان أعناقنا واعناق مطايانا قد كادت تنقطع من العطش فدلونا على البئر واعطونا دلوا نستقى به . فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح "(١) . فقد أباح عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتال الذين منعوا الماء عن مستحقه ولم ينقل معارضة أحد من الصحابة له فى ذلك . فيكون اجماعا .

وهذا انما حصل لمن منع من ماء البئر ومياهه أقل من مياه النهر فيدخل ماء النهر فى حكمه من باب أولى . وهذه الصورة التى حصلت لهؤلاء القوم انما هى فى حال من اضطر الى الماء ومنع منه فى حين انه لا يجد له وسيلة أخرى يستقى منها بأن لم يوجد حولهم مصادر اخرى يشربون منها أما لو وجدوا ذلك فلا يحل لهم القتال حينئذ لعدم الضرورة المبيحة لذلك .

. . .

---

(١) الخراج لابى يوسف ص ١٠٥ .

المبحث الثانى

أحكام مياه الابار والعيون

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الاول : أحكام مياه الآبار .

المطلب الثانى : احكام مياه العيون .

المطلب الاول

أحكام مياه الآبار

تختلف أحكام مياه الآبار باختلاف الغرض الذى أحدث البئر من أجله ، وهى على أنواع أربعة ولكل نوع أحكامه .

النوع الاول : بئر السابلة :

وهى ماتحفر بقصد منفعة ابن السبيل .

فماء هذا النوع يكون مشتركا بين جميع الناس الحافر وغيره فيه سواء .

وقد اشترى عثمان بن عفان رضى الله عنه بئر رومة وجعلها وقفا للناس لما قال النبى صلى الله عليه وسلم : (من يشترى بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين .) رواه البخارى (١) فكان عثمان يضرب معهم بدلوه كأحدهم .

---

(١) صحيح البخارى جـ ٥ ص ٢٩ .
وبئر رومة : هى بئر ليهودى بالمدينة كان ماؤها عذبا ويبيعه على الناس . فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومه قال من يشترى بئر رومة يجعل دلوه فيها كدلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ، قال عثمان فاشتريتها من صلب مالى . فتح البارى جـ ٥ ص ٣٠ .
وروى انه اشترى نصفها باثنى عشر الف ثم قال لليهودى اختر اما أن تأخذها يوما وآخذها يوما . واما ان تنصب لك عليها دلوا وانصب عليها دلوا . واختار يوما ويوما فكان الناس يستقون منها يوم عثمان لليومين . فقال اليهودى أفسدت على بئرى فاشترى عثمان باقيها بثمانية آلاف . المغنى جـ ٤ ص ٩١ .

ثم ان هذا النوع من الآبار يختلف من حين لآخر. فاذا كان الماء كثيرا وحوله مزارع تحتاج الى السقى منه جاز سقيها بشرط ان لا يحول ذلك دون استيفاء حق الشفة لبنى آدم والبهائم.

واذا كان الماء قليلا بحيث يضيق عن كفاية حق الشفة وحق الشرب قدم حق الشفة لان الانسان. والحيوان أولى به من الزرع.

ويشترك فيه الادميون والبهائم فان ضاق عنهما الماء قدم الانسان لان الانسان أولى من البهائم. فان ضاق عن الانسان قدم السابق الى الماء فان وصل اليه اثنان معا وتشاحا فى التقديم أقرع بينهما (١).

النوع الثانى : بئر الارتفاق :

وهى البئر التى يحفرها الانسان لارتفاقه بمائها وذلك كالآبار التى يحفرها أهل البادية عندما يقيمون فى مكان معين بقصد شربهم وشرب دوابهم.

وأحكام هذا النوع :

أن الحافر أحق بمائها مدة اقامته عندها ولا حق لغيره فى مزاحمته. وان كان ثمة فضل عن حاجته من الماء لزم بذله للشاربين دون غيرهم.

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٢ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٧ ، الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ، الحاوى للماوردى جـ ١٠ لوح ٥٣ ، درر الحكام جـ ٣ ص ٢٦٤.

قال في المدونة (١) " ولقد سألناه - أي الامام مالك - عن مـــاء الاعراب يرد عليهم اهل المواشي يسقون فيمنعهم اهل ذلك الماء فقـــال مالك : أهل ذلك الماء أحق بمائهم حتى يرووا فان كان فضلا سقى هـؤلاء بما يفضل عنهم " .

واذا ارتحل الحافر عنها الى مكان آخر صارت من النوع الاول (سابلة) مشتركة بين الجميع ولا افضلية للحافر على غيره في مائها ولو عاد للاقامـــة عندها بعد ذلك فهو كأحد الناس فهذا النوع " خاص الابتداء عام الانتهاء" والسابق اليها أحق بها كائنا من كان (٢) . وقال الاذرعي (٣) ان سقـــوط حق الحافر بارتحاله مشروط بكونه ارتحل معرضا اما لو كان لحاجة عازما علـــى العود فلا الا أن تطول غيبته . وقال الشربيني الخطيب انه رأى حسن .

---

(١) جـ ١٥ ص ١٩١ .

(٢) الاحكام السلطانية لابي يعلى ص ٢١٧ . الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٢ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ، المغني جـ ٥ ص ٥٩٥ .

(٣) الاذرعي : هو شهاب الدين احمد بن حمدان بن عبد القادر بـــن عبد الغني بن محمد الاذرعي الشافعي . ولد سنة ٧٠٧ هـ بدمشق واشتغل في اول حياته بالحكم ثم اقبل على الاشتغال بالعلم والتصنيف له عدة مصنفات منها القوت على المنهاج . توفي بحلب سنة ٧٨٣ هـ ، شذرات الذهب جـ ٦ ص ٢٧٨ ، طبقات الشافعية لابن هداية ص ٢٣٧ .

كما أن الروياني (١) يرى أن الاعراض ولو بدون ارتحال يأخذ حكم الارتحال (٢) . ~~وهو رأى وجيه~~ . قلت : وهذا رأى وجيه .

وذكر المرداوي (٣) وجها آخر عند الحنابلة ان من حفر البئر للارتفاق ملكه وان تركه ثم عاد اليه كان أحق به من غيره . وعلل ذلك : بأن هذه البئر ملكه بالاحياء . وان عادته ان يرحل في كل سنة ثم يعود (٤) .

قلت : أما كونها ملكه فغير مسلم فهو حفرها للارتفاق لا للتملك . وأما كونه سيعود اليها فهذا يدل على أنه لم يتركها وان حقه في الارتفاق بها باق على ما كان عليه .

النوع الثالث : بئر التملك :

وهي ما يحفره الانسان بقصد التملك لا لمجرد الارتفاق .

وأحكام هذا النوع :

---

(١) الروياني : هو ابو العباس احمد بن محمد بن احمد الروياني الطبري من اكابر فقهاء الشافعية . ولي القضاء ونشر العلم بالرويان . توفي سنة ٤٥٠ هـ .
طبقات الشافعية للسبكي جـ ٤ ص ٧٧ ، طبقات الشافعية لابن هداية ص ١٥٨ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ - ٣٧٥ .

(٣) الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٧ .

ان الملك لا يستقر الا اذا بلغ بالحفر الى استنباط الماء (١) قال الامام أحمد " واذا حفر بئرا ولم يبلغ بها الماء لا يكون احياء " (٢) فقد نص الامام أحمد على أن الحفر دون الماء لا يعتد به ولا يكون احياء .

وقد قيد ذلك بعضهم (٣) بأنه لابد من طيها اذا كانت مما يحتاج الى طي وهو بناء جدرانها بالحصى ونحوه اذا كانت الارض رطبة يخشى انهدامها فيه حينئذ يتم الاحياء ويستقر الملك .

والى هذا أميل لان الحفر بدونه فى مثل الارض الرطبة لا يستقر بل سرعان ما ينهدم ويفوت الغرض من الحفر .

وبتمام ذلك يتم الملك ويصير مالكا لحريمها معها . فيسقى أرضه وأشجاره بمائها . فان لم يفضل عن كفايته شىء لم يلزمه بذل شىء منه الا لنفس يخشى عليها الهلاك فيبذل له ما يكفيه لشربه دفعا للضرر .

" وقد نقل ابن منصور عن الامام أحمد أنه سئل عن رجل جاء الى أهل ابيات فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر رضى الله عنه الدية . قيل لأحمد : تقول به ؟ قال : أى شىء أقول ؟ يقوله عمر . قيل له : تقول به أنت ؟ قال : أى والله " (٤) .

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٩٣ ، الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٨ .
(٢) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٧ .
(٣) الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٨ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٢ ، الحاوى للماوردى جـ ١ لوح ٥٣ .
(٤) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٩ . وانظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٩ الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٣ .

بذل فضل ماء بئر التملك للحيوان :

ان فضل ماء عن كفاية صاحب بئر التملك هل يلزمه بذله للحيوان ؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

القول الاول : انه يلزمه بذله وبهذا قال الحنفية (١) وهو الأصح عند الشافعية (٢) وقول الحنابلة (٣) .

واستدلوا لذلك بالسنة .

فقد روى أبوهريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ). متفق عليه (٤) . فدل الحديث على تحريم منع فضل الماء . وهذا التحريم انما كان لما يترتب على منع الماء من الحاق الضرر بالماشية من عطش لفقد الماء ومن جوع لفقد الكلأ لان الماشية انما ترعى بقرب الماء فاذا منعت الماء تعذر عليها رعى الكلأ لحاجتها الى الشرب فيئول الأمر الى أن تكون قد منعت الكلأ ، وكلا الامرين لا يجوز لنص الحديث على ذلك . ولان بمنعهما انتهاكا لحرمة الحيوان .

وذكر أبويعلى والماوردى أن الوجوب معتبر بأربعة شروط :

الاول : أن يكون الماء فى قرار البئر . فان استقاه المالك لم يلزمه بذله .

الثانى : أن يكون البئر قرب كلأ يرعى فان لم يقرب من الكلأ لم يلزمه بذله .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٩ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٣ .
(٣) الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٥ ، زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٥٩ .
(٤) صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣١ . صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢٣٠ ، الموطأ مع شرح الزرقانى جـ ٤ ص ٣٠ ، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٢٨ ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ٣٧٦ .

قلت : وهذا الشرط لا يسلم فى كل الاحوال . ولعل المراد بذلــه للمقيمين حول الماء اقامة دائمة اما المارين به المحتاجين اليه فلا داعـــي لاشتراط هذا الشرط فى حقهم لعدم تعلقهم بالرعى .

الثالث : ان لاتجد المواشى ماء مباحا . فان وجدت غيره مباحا لم يلزمه بذله ووجهت المواشى الى الماء المباح .

وان وجدت ماء غيره مملوكا لاخر لزم كل واحد من مالكى البئريـــن ان يبذل فضله لمن ورد ماءه فاذا اكتفت المواشى بفضل احد المائين سقـــط الوجوب عن الاخر .

الرابع : ان لا يكون على المالك فى ورود المواشى ماءه ضرر يلحقه فـــى زرع او ماشية فان لحقه بورودها شىء من ذلك منعت . وحينئذ لا يمنـــــع الرعاة من استقاء فضل الماء لها . (١)

القول الثانى : انه لا يلزم بذل فضـــل الماء للحيوان . وبهذا قـــال المالكية (٢) وهو القول الاخر للشافعية (٣) .

---

(١) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٢٠ ، الاحكام السلطانية للماوردى ، ص ١٨٣ - ١٨٤ .

(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٨٩-١٩٠ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ١٦ ، شـــرح الخرشى على خليل جـ ٧ ص٧٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٦٥ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٣ .

فقد نص فى المدونة على انه لا يلزم بذل الماء للانسان والحيوان الا لمضطر يخشى عليه الهلاك ولا ثمن معه فان كان معه ثمن لم يلزم بذله له بدون الثمن وكذا ان لم يكن مضطرا (١) وقد سبق بيانه .

الراجح :

الذى أميل اليه ماذهب اليه اصحاب القول الاول لموافقة الادلـــــة الصحيحة الصريحة فى الموضوع . والله أعلم .

...

وهل يلزم بذل مافضل من الماء للزرع والشجر ؟

اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

- القول الاول : انه يلزم بذله . وهو المذهب عند الحنابلة (٢) وقول مرجوح عند الشافعية (٣) .

" قال الامام أحمد فى الرجل يكون له الارض وليس له فيها بئر ولجاره بئر فى ارضه فليس له أن يمنع جاره ان يسقى أرضه من بئره " (٤) .

---

(١) المدونة جـ ١٥ ص ١٨٩-١٩٠ .
(٢) الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٥ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٢٠ . زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٥٩ .
(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٣ .
(٤) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٢٠ .

واستدلوا لما ذهبوا اليه بالسنة عن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما أن قيِّم أرضه بالوَهْط كتب اليه يخبره انه سقى ارضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين الفا فكتب اليه عبد الله بن عمرو : وأقم قِلْدَك ثم اسق الادنى فالادنى فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع فضل الماء (١) .

وجه الدلالة : أن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما أمر عامله بأن يبذل مافضل من الماء لاهل الزرع الادنى منهم فالادنى وما ذاك الا لما فهمه من نهى النبى صلى الله اليه وسلم عن بيع الفضل وما دام لا يجوز بيعه فيجب بذله للمحتاج من اهل الزرع وغيرهم .

القول الثانى : أنه لا يلزم بذل فضل ماء البئر لشرب الزرع . وبهذا قال الشافعية (٢) فى الاصح عندهم وهو رواية مرجوحة عند الحنابلة (٣) .

وعللوا لذلك : بأن الزرع لا حرمة له فى نفسه ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه . فلا يجب على الغير ان يبذل له الماء (٤) .

---

(١) سبق تخريجه . انظر ص (١٠٤)
(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٣ .
(٣) الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٦ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٩- ٢٢٠ .
(٤) زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٥٩ .

القول الثالث : التفصيل بين حالين حيث يجب بذله فى احداهما ولا يجب فى الاخرى . فيجب فى حال ما اذا حصل لجاره ظرف طارىء فقد بسببه الماء كان/ينهار بئره وله زرع يخشى عليه الهلاك قبل ان يتم اصلاح البئر ففى مثل هذه الحال يجب بذل الفضل له وما عدا ذلك لا يجب بذله للزرع.

وبهذا قال المالكية(١) وعللوا لذلك فقالوا : بأن من احتاج الى فضل ماء غيره بسبب انهيار بئره حاله حال ضرورة يحتاج فيها الى انقاذ زرعه من الهلاك بسبب هذا الهدم الذى لا دخل للمالك فى ايجاده . وهذا بخلاف من يريد سقى ارضه من غيران يكون له مصدر للماء ابتداء لان هذا يعتبر مضارا لجاره يريد ان ينتفع على حساب الغير(٢) .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح ماذهب اليه اصحاب القول الثالث من التفريق بين حالتى فقد الماء بسبب طارىء وغيرها من الاحوال ففى حال ما اذا كان سبب فقد الماء انهيار بئر صاحب الزرع او تعطل آلة نزح الماء ونحو ذلك يجب على من عنده فضل ان ينقذ الزرع من الهلاك لحرمة المال.

وفى غير ذلك من الاحوال لا يجب البذل للزرع كمن زرع دون ان يوجد له مصدرا للشرب فان هذا قد عرض زرعه للهلاك ابتداء ويريد ان يثقل به غيره فلا يلزم غيره ان يسقى زرعه لانه حينئذ مضار. وفرق بين مضطر ومضار.

---

(١) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٠-١٩١ ، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٣٢٠ .
(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٩١ .

ويجاب عن استدلال أصحاب القول الاول بحديث عبدالله بن عمرو :
بأن في الحديث دلالة على تحريم بيع الماء . وأما وجوب بذله للزرع فكان أمر ابن عمرو لعامله بذلك انما هو من باب الاحسان والمعروف لا انه يجب عليه ذلك ويجاب عن قول اصحاب القول الثاني بان الزرع لا حرمة له : بعدم تسليم ذلك فان المال له حرمة . ولا يجوز اضاعته واتلافه . ولو سلم ذلك فان لصاحبه حرمة فلايجوز التسبب في اهلاك ماله . وهذا ينطبق على منسا اذا حصل فقد الماء بظرف طارئ اما في غير ذلك فان صاحب الزرع هو الذى أقدم على اهلاك زرعه .

النوع الرابع : البئر المحفورة داخل الملك وذلك كالبئر التي يحفرها الانسان في ارضه .

وهذا النوع يتفق مع النوع الثالث في كثير من الاحكام .

ويختلف عنه في كون هذا النوع لا يتوقف ملكه على استنباط الماء لكونه حفر داخل الملك فهو مملوك القرار قبل البدء في الحفر فلا يفيده الحفر تملكا .

ويتفق مع النوع الثالث في الاحكام المتعلقة ببذل الماء للانسان والحيوان والزرع فيجري في هذا النوع من التفصيل والخلاف ماجرى هناك فلا داعي لتكراره (١) .

---

(١) الانصاف جـ ٦ ص ٣٦٨ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٥ .

المطلب الثاني

أحكام مياه العيون

العيون ثلاثة أنواع :

النوع الاول : العين التى نبع ماؤها من دون تصرف للآدمى فيه .

وحكم هذا النوع من المياه ان لكل أن يأخذ منه قدر شربه كما يجوز لكل احد ان يسوق منه جدولا ليحى به ارضا مواتا على ان لا يضر ذلك بمن سبقه فى استحقاق الشرب من هذا الماء .

فان حصل نقص فى ماء هذا النوع من العيون فى بعض الاوقات فلم يكف الاراضى الشاربة منه فمن المقدم فى الشرب ؟

نص الامامان ابويعلى والماوردى على انه يقدم من الاراضى ماتم احياؤه بماء هذه العيون فلو كان هناك أرضان ارض احييت بماء هذه العين ، والارض الاخرى كان سبب احيائها بمصدر آخر من بئر او نهر ونحو ذلك ولكن رتيب لها فيما بعد الشرب من هذه العين فان الارض الاولى تقدم عند ضيق الماء عن كفايتهما .

وان كانت الاراضى التى تشرب من هذه العين كلها احييت بماء العين ولكن اختلف زمن احيائها قدم فى الشرب اسبقها احياء ثم من يليه وهكذا فيكون النقصان فى حق الاخير .

فان احييت فى وقت واحد تخاصوا فى الماء بالمهايأة عليه أو بقسمته (١) .

---

(١) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٢١-٢٢٢ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٤ .

والذى يظهر لى انه يتخرج فى هذا النوع من العيون قول آخر للعلماء القائلين بان ماء النهر اذا تشاح فيه اهله سقى الأعلى فالاعلى . والاعلى عندهم هو المتقدم فى اعلى النهر بغض النظر عن زمن احيائه . فيظهر لى انه يتخرج لهم فى هذا النوع من العيون قول كذلك القول فى النهر فيرون ان من كان اقرب الى منبع العين يكون احق بالسقى اولاً بغض النظر عن زمن احيائه .

وقد سبق ان بينا ان الراجح هو القول بتقديم السابق احياء . والله أعلم .

النوع الثانى : العين التى استنبط الآدميون ماءها فى الارض الموات

واحكام هذا النوع كأحكام النهر المشترك (١) . ان اشترك جماعة فى استنباطها وان كان المستنبط لها واحداً كانت كبئر التملك فيملكها مستنبطها . وله سوق مائها الى حيث شاء . وماجرى فيه ماؤها يصير ملكا له (٢) .

النوع الثالث : العين المستنبطة داخل الملك .

واحكام هذا النوع كاحكام البئر المستنبطة داخل الملك .

فالمالك احق بمائها لشرب ارضه وسقى دوابه . فان كان قدر كفايتها فلا حق عليه فيه الا لشارب مضطر .

---

(١) انظر ص (١٨٢)
(٢) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٤ . الاحكام السلطانية لابن يعلى ص ٢٢٢ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٦٧ . انظر المغنى جـ ٥ ص ٥٨٩ .

وان فضل عن كفايته واراد ان يحيى بفضله ارضا مواتا فهو أحق بــــه لشرب ما أحياه .

وان لم يرده لموات احياه جرى فى بذله للماشية والزرع الخـــلاف السابق فى بذل فضل البئر(١) .

...

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٨٤ ، الاحكام السلطانيـــة لابى يعلى ص ٢٢٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ، ص ٦٧ ، درر الحكام جـ ٣ ص ٢٨٧ .
وانظر ص (٢٠٤ ، ٢٠٦) من هذه الرسالة

المبحث الثالث

فى ضمان الاضرار الناشئة عن استعمال حق الشرب

كل عمل يمكن ان ينشأ عنه ضرر ومن ذلك استعمال حق الشرب فعند استيفائه قد ينشأ عنه ضرر يلحق بالغير وهذا الضرر اما ان يكون ناتجا عن استعمال معتاد واما أن يكون ناتجا عن استعمال غير معتاد .

ففى الحال الاولى : وهى ما اذا كان الضرر ناتجا عن استعمال الانسان لشربه استعمالا معتادا لم يتجاوز حدود الحق المأذون به شرعا فلا ضمان على المتسبب فى الحاق الضرر بالغير .

ومن صور ذلك : اذا سقى انسان ارضه سقيا قدر الحاجة فى وقتها فنزت أرض جاره نتيجة لذلك فلا ضمان على من سقى ارضه لعدم تعديه حينئذ لان مافعله انما هو سقى أرضه حسب حاجتها المتعارف عليها عند أهل الخبرة فهو اذاً عمل مأذون له فيه والتعدى انما يكون بفعل غير مأذون فيه ، قال ابن جزى (١) " وكل من فعل مايجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن " (٢)

---

(١) ابن جزى : هو ابوالقاسم محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن جزى الكلبى المالكى من اهل غرناطة كان فقيها حافظا مشاركا فى فنون شتى الف الكثير فى شتى الفنون منها القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية . توفى شهيدا يوم الكائنة بطريف فى سنة ٧٤١ هـ . الديباج المذهب ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

(٢) قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٦٦ .

ثم انه لو ضمن المتسبب فى مثل هذه الحال لادى ذلك الى منعه من استعمال حقه فى الشرب . فانه اذا كان كلما سقى ارضه ضمن مانزت به أرض جاره يمتنع عن السقى حينئذ وهذا ضرر اشد مالحق غيره " والضرر الاشد يزال بالضرر الاخف "(١) .

وفى الحال الثانية : وهى ما اذا كان الضرر ناتجا عن استعمال الانسان لحقه فى الشرب استعمالا غير معتاد بان تجاوز حدود ما أذن له به شرعا اعتبر متعديا وحينئذ يكون عليه الضمان .

وقد ذكر الفقهاء للتعدى فى الشرب صورا عديدة منها : ان يسقى أرضه بغير حق بان لا يكون له نصيب فى الماء الذى سقى منه أرضه .

ومنها : ان يسقى ارضه فى غير نوبته .

ومنها : ان يسقى ارضه باكثر من حقه .

ومنها : ان يجرى الماء فى النهر باكثر من طاقته .

ومنها : ان يخرب ضفة النهر حتى يسيل منها الماء ويفسد زرع غيره .

ومنها : ان يحول الماء الى نهر أو موضع ليس له حق فى الشرب من هذا النهر .

ومنها : أن يسكر النهر بغير حق فيرتفع الماء ويسيل عن ضفة النهر فيغرق ما حوله .

---

(١) مجلة الاحكام العدلية مادة رقم (٢٧) ص ١٩ .

الى غير ذلك من الصور التى تتجدد حسب الاحوال والازمان . ففى هذه الاحوال يضمن ما نتج عن فعله من أضرار تلحق بغيره لتعديه لان كل ضرر يكون مصدره التعدى يلزم صاحبه بالضمان والا فلا . قال فى الفتاوى الهندية (١) " اذا فتح رأس نهره فسال من النهر شىء الى أرض جاره فغرقت ينظر ان كان فتح من الماء مقدار ما يفتح من الماء فى مثل ذلك النهر فى العرف والعادة لا يضمن . وان فتح مقدار ما لا يفتح مثله فى ذلك النهر ضمن " . فالغرق حصل للارض فى الحالين ولكن عندما يكون السبب غير مصحوب بتعد لا ضمان على المتسبب واذا صحبه تعد لزم الضمان .

ولا خلاف فى هذا بين العلماء (٢) فيما اطلعت عليه .

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٨ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٧ - ٣٩٨ ، الهداية جـ ٨ ص ١٥٠ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١٢٠ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٣ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٧ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٦٦ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٨٣ ، المغنى جـ ٥ ص ٣٠٥ ، الانصاف جـ ٦ ص ٢٢٤ ، القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٨ ، القاعدة (٨٩) مجلة الاحكام العدلية المواد (٩٣) ، (٩٢٤) شرح المجلة درر الحكام جـ ١ ص ٨٣ ، جـ ٢ ص ٥٤٨ ، نظرية الضمان ص ١٩٦ - ١٩٩ .

المبحث الرابع

في أحكام المياه المحرزة

المراد بهذا النوع من المياه ماتتم حيازته في أوان خاصة كالخزانات والصهاريج والقدور والقرب ونحو ذلك سواء أكان الحائز له فردا أم جماعة .

فهذا النوع من المياه يملك بحيازته ولا حق للغير فيه لخروجه بالاستيلاء من الاباحة الى الملكية التامة . ومادام انه مملوك فيجوز بيعه حينئذ . ويدل على تملكه وجواز بيعه ماورد عن النبي صلى الله عليه وسلم (من انه نهى عن بيع الماء الا ما حمل منه)(١) .

وجه الدلالة :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز بيع ما حمل من الماء فدل على أنه مملوك اذ لا يباع الا ما يملك .

وقد جرت العادة ببيع المياه المحرزة قديما وحديثا . قال الكاساني (٢) " وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحرزة في الظروف . به جرت العادة في الامصار وفي سائر الاعصار من غير نكير " .

وبناء على ذلك فلا يجوز لاحد ان ينتفع به باى صورة كانت من شرب أو استعمال او غير ذلك الا باذن مالكه كسائر الاملاك الخاصة . شأنه في

---

(١) الاموال ص ٣٨١ . الحديث رواه ابوعبيد قال حدثني نعيم بن حماد عن بقية بن الوليد عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن المشيخة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم . . الحديث . قال ابوعبيد اسناده ليس بذاك . ولم اجده في شيء من كتب السنة التي اطلعت عليها .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٨ .

هذا شأن كل مباح يملك بالاستيلاء عليه واحرازه كالصيد والحطب . وبهذا قال جمهور العلماء (١) .

وللشافعية قول مرجوح فى المذهب : ان الماء لا يملك بحال ، وان من حازه يكون اولى به من غيره ولا يجوز له بيعه . وضعف الاخذ بهذا الرأى جمهور الشافعية (٢) .

وقد بين الامام ابن القيم رحمه الله ان هذا النوع غير داخل فى معنى الشركة فى الماء بقوله " فأما من حاز فى قربته او انائه فذاك غير المذكور فى الحديث ـ اى حديث الناس شركاء فى ثلاث ـ وهو بمنزلة سائر المباحات اذا حازها الى ملكه ثم اراد بيعها كالحطب والكلأ والملح وقد قال صلى الله عليه وسلم (لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتى بحزمة الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه او منعوه) رواه البخارى (٣) .. فهذا فى الكلأ والحطب المباح بعد اخذه واحرازه ،

---

(١) الهداية جـ ٨ ص ١٤٤ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٨ ، الفتاوى البزازية جـ٣ ص ١١٤ ، الفتاوى الهندية جـ٥ ص ٣٩١ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٣٩-٤٠ ، رد المحتار جـ٥ ص ٢٨٢-٢٨٢ ، مرشد الحيران مادة رقم (٤١) ص ١٢ ، اسنى المطالب وحاشية الرملى جـ٢ ص ٤٥٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ، الخرشى على خليل جـ ٧ ص ٧٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٦٥ ، زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٥٩ ، المغنى جـ ٤ ص ٩١ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٤ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١٢ ، حاشية البجيرمى جـ٣ ص ٢٠١ .

(٣) صحيح البخارى جـ ٣ ص ٣٣٥ .

وكذلك السمك وسائر المباحات وليس هذا محل النهى بالضرورة "(١) . أى النهى عن منع الكلأ والماء الوارد به النص فان النهى فيما لم يحرز .

غير أن الحنفية يرون بقاء شبهة الشركة فى هذه الامور بعد احرازها ولذا لو قل الماء فارتفع سعره فسرق شخص من آخر ماء تبلغ قيمته نصاب حد السرقة لا يجب قطعه درء بشبهة الشركة فيه . (٢)

اذا تبين هذا فما حكم الاخذ من هذا النوع من المياه لدفع الضرورة ؟ هذا ما سنبينه فيما يلى :

حكم الاخذ من المياه المحرزة لدفع الضرورة :

اذا كان فى الانسان ضرورة الى الماء لدفع العطش وانقاذ نفسه من الهلاك فلا يخلو الامر من حالين :

الحال الاولى : أن يكون الماء المحرز كثيرا يكفى صاحبه ويفضل منه فحينئذ يجوز الاخذ منه بدون اذن صاحبه فيأخذ قدر كفايته من الفضل . ولا يجوز لصاحب الماء أن يمنعه من ذلك . وان منعه كان للمضطر ان يقاتله عليه لكن بغير سلاح " كمن اصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره "(٣) . فيحق له قتاله لانقاذ حياته فكذا الماء ، لان كلا منهما من ضروريات الحياة فيكون له أخذ ما يحفظ به حياته وعليه حينئذ ثمن ما أخذ لانه لم يؤذن له فى ذلك وجواز الاخذ بدون اذن لا يسقط حق المالك فى الثمن الا ان كان معدما لا يجد شيئا فلا شىء عليه من الثمن (٤)

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ ص ٢٥٩ .

(٢) الهداية جـ ٨ ص ١٤٤ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٠ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٨ .

(٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٦٥ . التاج والاكليل جـ ٦ ص ١٦ ، فتح البارى جـ ٥ ص ٣٢ .

الحال الثانية : أن يكون الماء المحرز قليلا لا يكفي الا أحدهما ، ولا يفضل منه شيء . ففي هذه الحال يقدم صاحب الماء في الشرب ولا حق لغيره فيه ومن حاول الاخذ منه منع ، لان في تمكين الغير من مائه تعريض نفسه للهلاك ولا يجوز لهذا الغير ان يحاول الاخذ من الماء في مثل هذه الحال لانه حينئذ يدفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره وهذا لا يجوز [1] .

...

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٨٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٦٥ .

الفصل الثاني

في الحريم

تعريف الحريم :

الحريم لغة : ما حرم فلم يمس وهو من الدار ما اضيف اليها من حقوقها ومرافقها . وملقى نبيثة البئر . ويجمع على احرام وحرم [١] .

تعريف الحريم شرعا : عرف العلماء الحريم عدة تعريفات :

فعرفه الصنعاني [٢] بأنه : " مايمنع منه المحيي والمحتفر لاضراره " [٣]

بقوله (المحيي) : هو من يحيي أرضا بجوار الارض ذات الحريم .

وقوله (المحتفر) : من يحفر بئرا بقرب البئر ذات الحريم .

وقوله (لاضراره) : اي لما ينتج عن الاحياء او الحفر من اضرار تلحق بما جعل له الحريم تحول دون تمام الانتفاع .

وعرفه النووي بأنه : " المواضع القريبة التي يحتاج اليها لتمام الانتفاع كالطريق ومسيل الماء ونحوهما " [٤] .

---

(١) لسان العرب ج ١٢ ص ١١٩-١٢٥ مادة (حرم) القاموس المحيط ، ج ٤ ص ٩٤ ، المصباح المنير ج ١ ص ١٤٢-١٤٤ .

(٢) الصنعاني : هو محمد بن اسماعيل بن صلاح الامير الكحلاني ثم الصنعاني ولد سنة ١٠٥٩ هـ بكحلان باليمن تنقل بين صنعاء ومكة والمدينة في طلب العلم تفرد بالرئاسة العلمية في صنعاء واظهر الاجتهاد والوقوف مع الادلة ونفر من التقليد له مصنفات منها سبل السلام شرح بلوغ المرام توفي سنة ١١٨٢ هـ .

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ٨٣ .

(٤) روضة الطالبين ج ٥ ص ٢٨٢ .

قوله (لتمام الانتفاع) اى لتحقق الانتفاع التام بما جعل له الحريم وعرفه ابن عابدين بقوله : " حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه "[1] .

وعند التأمل فى هذه التعريفات نجد بينها بعض التفاوت فالتعريف الاول راعى جانبا فى المعرف واهمل الجانب الاخر . راعى لزوم الكف عن الحريم والمنع من التعرض له لما ينجم عن ذلك من أضرار تلحق بما جعل له الحريم ولم يصرح بذكر وجوب التمكين من الانتفاع بالحريم وهو المقصد الاسمى من ايجاد الحريم .

والتعريف الثانى ركز على مابه التمكن من الانتفاع وجعل الحريم هو المواضع التى بها يكمل الانتفاع بما جعل له الحريم ولم يتعرض للزوم الكف عن الحاق الضرر بالحريم عكس مافى التعريف الاول والتعريف الثالث عرف الحريم بما هو اعم منه . فعرفه بما يشمله وغيره من الحقوق والمرافق بينما الحريم هو أحد الحقوق والمرافق لا انه هى . فهناك حقوق كثيرة حول العقار ولا تعتبر حريما كالمنع من انشاء المصانع بين المساكن ومنع فتح محل للحدادة بين العطارين وكتمكين الجار من غرز خشبه فى جدار جاره الى غير ذلك فكل هذه حقوق وليست حريما .

ويمكن أن نعرف الحريم بأنه :

" مساحة من الارض ملاصقة للملك يمكن منها المنتفع لتمام انتفاعه ويمنع غيره منها " .

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٧٩ ودرر الحكام جـ ٣ ص ٣٠٣ .

شرح التعريف :

(ملاصقة) : أعم من أن تكون محيطة لتشمل ماكان محيطا وما كان من جانب واحد كفناء الدار اذا كان من ناحية واحدة وكحافتي النهر من جانبين فقط .

(للملك) : شامل للملك الخاص والملك العام ليعم حريم الدار والبئر المملوكة ، وحريم الانهار العامة وآبار السابلة وغيرها .

(يمكن منها) : اى يخلى بينه وبينها فلا يجوز لاحد ان يحول دون ذلك .

(المنتفع) : المراد صاحب الحق سواء كان المالك الحقيقي كما في الملك الخاص او كان المنتفع كما فى الملك العام .

(لتمام انتفاعه) : اى لتتم الفائدة المقصودة من الملك .

(ويمنع غيره منها) : أى فلا يجوز لاحد ان يتعدى عليها اويتصرف فيها .

- مقدار الحريم :

لما كان الحريم متمما للانتفاع بالملك اختلف مقداره بحسب نوع الملك فماهو حريم لنوع من الاملاك لا يعتبر حريما للنوع الاخر . وتفصيل ذلك نبينه فى المطالب التالية :

...

المطلب الاول : حريم الآبـــار

اختلف العلماء فى مقدار حريم الابار على ستة أقوال :

القول الاول :

ويفرق فيه بين حريم نوعين من الابار هما العادية والبدية ، فحريم البئر العادية - وهى القديمة نسبة الى عاد - خمسون ذراعا (١) من كل ناحيـة والبئر البدية - اى الحديثة - خمسة وعشرون ذراعا من كل ناحية . وبهـــذا قال سعيد بن المسيب (٢) وعمر بن عبد العزيز (٣) وهو المشهور عند الحنابلة (٤).

واستدلوا لذلك بالسنة .

استدلوا بالاحاديث التالية :

١ - ما رواه ابوهريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قـــال : (حريم البئر البدى خمسة وعشرون ذراعا وحريم البئر العادية خمســون ذراعا) رواه الدارقطنى (٥) .

---

(١) الذراع : اليد من كل حيوان . لكنها من الانسان من المرفق الى اطراف الاصابع . المصباح المنير ج١ ص ٢٢٤ .

(٢) الاموال ص ٣٧٠ ، الخراج ليحي ص ١٠١ .

(٣) الخراج ليحيى ص ١٠٣ .

(٤) الانصاف ج ٦ ص ٣٧٠ ، المغنى ج ٥ ص ٥٩٣ .

(٥) سنن الدارقطنى ج ٤ ص ٢٢٠ .

الحديث رواه الدارقطنى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن ابى هريرة من طريقين احدهما : اخبرنا محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بـــن بلبل الزعفرانى نا ابوحاتم الرازى نا ابوعمر الحوضى . نا الحسن بن أبـــى جعفر عن معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن ابى هريرة عن النبـــى =

وجه الاستدلال :

ان هذا نص فى مقدار حريم البئر القديمة والحديثة فيجب الرجوع اليه والاخذ به .

= صلى الله عليه وسلم .
والثانى : أخبرنا عثمان بن على الصيدلانى وهبة الله بن جعفر المقرى قالا : نا محمد بن يوسف بن قوسى المقرى نا اسحاق بن ابى حمزة نا يحى بن أبى الخصيب نا هارون ابن عبد الرحيم عن ابراهيم بن ابى عبلة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن ابى هريرة قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : " حريم البئر البدى خمسة وعشرون ذراعا وحريم البئر العادية خمسون ذراعا وحريم العين السائحة ثلاثمائة ذراع وحريم عين الزرع ستمائة ذراع) لفظهما سواء . ثم قال الدارقطنى - الصحيح من الحديث انه مرسل عن ابن المسيب ومن اسنده فقد وهم .
قال ابو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى السند الاول فيه الحسن بن ابى جعفر وهو ضعيف . قال الفلاس : صدوق منكر الحديث وقال ابن المدينى ضعيف وضعفه احمد والنسائى وقال البخارى منكر الحديث انتهى : التعليق المغنى على الدارقطنى ج٤ ص ٢٢١ .
واما السند الثانى فقال فيه الحافظ بن حجر وفى سنده - محمد بن يوسف المقرى وهو متهم بالوضع . واطلق عليه ذلك الدارقطنى وغيره . قال الدارقطنى وضع نحوا من ستين نسخة ووضع من الاحاديث المسندة والنسخ مالا يضبط . وقال الخطيب : يتهم بوضع الاحاديث .
والحديث اخرجه ابوداود فى مراسيله عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : حريم البئر العادية خمسون ذراعا وحريم بئر البدى خمس وعشرون ذراعا . قال سعيد من قبل نفسه : وحريم قليب الزرع ثلاثمائة ذراع . وزاد الزهرى : وحريم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية فهذا حرم مايأذن به السلطان الا ان يكون القوم فى ارض اسلموا عليها وابتاعوها . انتهى . قال الحافظ ابن حجر رجاله ثقات . الدراية ج ٢ ص ٢٤٥ .
ورواه ابن ابى شيبه فى مصنفه حدثنا وكيع عن سفيان عن اسماعيل بن أمية عن الشعبى عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . فذكره بدون زيادة الزهرى .
وكذلك رواه عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا محمد بن مسلم . ثنا يحى بن =

٢ - ما رواه ابوعبيد باسناده عن يحي بن سعيد قال (السنة فى حريم القليب العادى خمسون ذراعا والبدى خمس وعشرون ذراعا . قال : وهى الابار ما كان منها قديما يمنع الناس ان يحفروا فيها خمسين ذراعا من كل ناحية لئلا يضر ذلك بها . وما كان منها حديثا خمس وعشرون ذراعا)(١) .

وجه الاستدلال :

ان الحديث حدد لكل نوع من أنواع الابار مقدارا معينا على انه حريم لها يمنع الناس من الحفر فيه وهو خمسون ذراعا للقديم وخمسة وعشرون ذراعا للجديد وان هذا المقدار هو السنة فيجب الاخذ به والوقوف عنده .

= سعيد عن ابن المسيب قال : (جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حريم البئر المحدثة خمسة وعشرين ذراعا وحريم البئر العادية خمسين ذراعا ") قال ابن المسيب : (وارى انا حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع) انتهى . التعليق المغنى على الدارقطنى جـ ٤ ص ٢٢١ . والحديث رواه ايضا البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن ابن المسيب مرسلا . ورواه ايضا من وجه آخر عن ابى هريرة وفيه رجل لم يسم . واخرج الحديث الحاكم عن ابى هريرة موصولا ومرسلا والموصول من طريق عمر بن قيس عن الزهرى وعمر فيه ضعيف . انتهى . التلخيص الحبير جـ ٣ ص ٦٣ بتصرف . وانظر نصب الراية جـ ٤ ص ٢٩٣ ، المستدرك جـ ٤ ص ٩٧ .
قلت ومراسيل سعيد بن المسيب حجة . وعليه فالحديث صالح للاحتجاج به .

(١) الاموال ص ٣٧٠ ، رواه ابوعبيد قال حدثنا عبد الله بن صالح عن الليث بن سعد عن يحى بن سعيد . قال السنة .... الخ .
وانظر المغنى جـ ٥ ص ٥٩٤ .

القول الثاني :

يفرق بين حريم نوعين من الآبار هما بئر الماشية وبئر الناضح [1]

فحريم بئر الماشية أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا .

وهذا قول ابى يوسف [2] ومحمد بن الحسن [3] .

قال ابن عابدين : وبه يفتى [4] .

واستدلوا بما رواه ابويوسف عن الحسن بن عمارة عن الزهرى قال :

(قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر الناضح ستون ذراعا وحريم بئر العطن [5] أربعون ذراعا عطنا للماشية [6] .

---

(١) الناضح : هى البئر التى يسقى منها الزرع بواسطة الابل . الخراج لابى يوسف ص ١٠٩ .

(٢) الخراج لابى يوسف ص ١٠٨-١٠٩ .

(٣) الهداية وتكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١٣٩-١٤٠ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٥ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ .

(٤) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٧٩ .

(٥) بئر العطن : هى بئر الماشية التى يسقى منها الرجل الماشية ولا يسقى منها الزرع . الخراج لابى يوسف ص ١٠٩ .

(٦) الخراج لابى يوسف . وانظر نصب الراية جـ ٤ ص ٢٩٣ ، قال الزيلعى : غريب نصب الراية جـ ٤ ص ٢٩٢ . وقال الزيلعى : الحسن بن عمارة ضعيف جـ ٤ ص ٢٩٠ . وقال الحافظ ابن حجر لم اجده هكذا وعلى هذا فالحديث ضعيف .
- الدراية جـ ٢ ص ٢٤٥ .

وجه الاستدلال :

ان الحديث نص في بيان مقدار حريم بئرى الناضح والماشية فكل واحد منهما له حريم مقدر فلزم الاخذ به والوقوف عنده .

...

القول الثالث :

التسوية بين حريم بئر الماشية وبئر الناضح فى المقدار حيث قدر ذلك بأربعين ذراعا .

وهذا قول الامام أبى حنيفة (١) قال فى الفتاوى الهندية (٢) : وبه يفتى .

واستدل لذلك بالسنة والمعقول .

أما السنة : فما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : (من حفر بئرا فله ماحولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته) (٣) .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٥ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٧٩ .

(٢) جـ ٥ ص ٣٨٧ ، وانظر الدر المختار جـ ٥ ص ٢٧٩ ، وذكر ابن عابدين فى حاشيته جـ ٥ ص ٢٧٩ نقلا عن التتارخانية والكبرى ان الفتوى على قول الصاحبين كما مر . ثم علق بعد ذلك على قول صاحب الدر المختار " ويفتى بقول الامام " بقوله " ظاهر المتون والشروح ترجيح قوله - اى الامام ابى حنيفة - فانهم قرروا دليله وايدوه بما لا مزيد عليه واخر فى الهداية دليله فاقتضى ترجيحه ايضا كما هو عادته وذكر ترجيحه العلامة قاسم فى تصحيحه .

(٣) الحديث روى من طريق من حديث عبد الله بن مغفل ومن حديث ابى هريرة ..

وجه الاستدلال :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم بين أن حريم البئر أربعون ذراعا وهذا قدر اتفق عليه حديثان هذا الحديث والحديث السابق الذى استدل به اصحاب القول الثانى - فلزم الاخذ به وطرح ماعداه ويعدى ذلك الى كل بئر لان (من) فى قوله (من حفر) عامة . قال فى الهداية " والعام المتفق

الطريق الاول : أخرجه ابن ماجه جـ٢ ص ٨٣١ من طريقين احدهما : عن عبد الوهاب بن عطاء ثنا اسماعيل بن مسلم المكى . والآخر : عن محمد بن عبد الله بن المثنى عن اسماعيل بن مسلم المكى ايضا . ورواه اسماعيل عن الحسن عن عبد الله بن مغفل ان النبى صلى الله عليه وسلم - نصب الراية جـ٤ ص ٢٩١ - قال احمد شاكر اسماعيل ضعيف الحديث يهم فيه . ضعفه ابن عيينة واحمد وابن معين وابن المدينى وابوحاتم وغيرهم . انظر هامش كتاب الخراج ليحيى بن آدم ص ٦٦ ، ١٠٠ .
قال الزيلعى : واما تضعيفه باسماعيل بن مسلم فقد تابعه اشعث كما أخرجه الطبرانى فى معجمه عن أشعث عن الحسن عن عبد الله بن مغفل عن النبى صلى الله عليه وسلم . نصب الراية جـ ٤ ص ٢٩١ . قال احمد شاكر تعليقا على ذلك : لم يكشف الزيلعى لنا اسناد الطبرانى الى أشعث . هامش الخراج ليحى بن آدم ص ١٠٠ . قال محمد فؤاد عبد الباقى نقلا عن الزوائد : مدار الحديث فى الاسناد ين على اسماعيل بن مسلم المكى . تركه يحى القطان وابن مهدى وغيرهما . سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٣١ .
والطريق الثانى : أخرجه احمد فى مسنده جـ٢ ص ٤٩٤ : حدثنا هشيم عن عوف عن ابى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " حريم البئر اربعون ذراعا من جوانبها كلها لاعطان الابل والغنم وابن السبيل او الشارب ولا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلأ " نصب الراية جـ٤ ص ٢٩٢ . وانظر الدراية جـ ٢ ص ٢٤٤ ، التلخيص الحبير : جـ ٣ ص ٦٣ .
والحديث رواه ايضا يحى بن آدم قال اخبرنا اسماعيل قال حدثنا الحسن قال حدثنا على بن هاشم عن اسماعيل عن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من حفر بئرا فله اربعون ذراعا حولها عطن لماشيته ". الخراج ليحى بن آدم ص ١٠٠ . قال احمد شاكر : الحديث مرسل . هامش الخراج ليحى ص ١٠٠ .

على قبوله والعمل به أولى عنده ـ أى أبى حنيفة ـ من الخاص المختلف في قبوله والعمل به "(١) .

وأما الاستدلال بالمعقول :

فقالوا : ان القياس يأبى استحقاق الحريم لان الحافر انما يستحق بعمله وعطه في موضع الحفر فلا حق له في ماوراءه ولكنا تركنا هذا القياس في مقدار الاربعين لاتفاق الحديثين على هذا المقدار. (٢)

...

ـ القول الرابع :

ان حريم البئر قدر مد رشائها (٣) .

وبهذا قال القاضى أبويعلى واختاره ابن عقيل (٤) من الحنابلة (٥)

---

(١) الهداية وتكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١٣٩-١٤٠ ، انظر العناية فى هامش نفس الصفحات .
(٢) المراجع السابقة جـ ٨ ص ١٤٠-١٤١.
(٣) الرشاء : الحبل . المصباح المنير جـ ١ ص ٢٤٤.
(٤) ابن عقيل : هو أبو الوفاء على بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادى الظفرى شيخ الحنابلة وصاحب التصانيف ومؤلف كتاب الفنون الذى يزيد على أربعمائة مجلد . كان اماما مبرزا كثير العلوم خارق الذكاء. ولد سنة ٤٣١ هـ . وتوفى سنة ٥١٣ هـ ببغداد .
ذيل طبقات الحنابلة جـ١ ص١٤٢ - ١٦٤.
شذرات الذهب جـ٤ ص ٣٥ - ٤٠.
(٥) الانصاف جـ ٦ ص ٢٧٠ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٩٣.

والطحاوى (١) من الحنفية (٢) .

واستدل لهذا القول : بما رواه ابوسعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (حريم البئر مد رشائها) رواه ابن ماجة (٣) .

وجه الاستدلال :

ان الحديث نص فى اعتبار مقدار الحريم بمد الرشاء وذلك لما يحتاج اليه فى الذهاب والاياب لاستخراج الماء . فلابد من تحقق هذا المقدار حريما للبئر لتتم الاستفادة به على الوجه الاكمل . وما عداه لا حاجة اليه .

---

(١) الطحاوى : هو أبوجعفر احمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك بن سلمة بن سليم بن سليمان بن جواب الازدى الطحاوى - نسبة الى قرية بصعيد مصر - الامام المحدث الفقيه الحافظ . ولد سنة ٢٣٩ تلقى العلم عن خاله اسماعيل المزنى افقه أصحاب الشافعى وكان يرجع الى كتب الحنفية عند ما لا يجد حلا فى كتب الشافعية ثم تحول الى المذهب الحنفى واصبح من اتباعه وكان يجتهد فى بعض المسائل ويخالف فيها المذهب . له عدة مصنفات منها مشكل الاثار . توفى بمصر سنة ٣٢١ هـ .
شذرات الذهب جـ ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٧٩ .

(٣) سنن ابن ماجه جـ٢ ص ٨٣١ . قال ابن ماجه : حدثنا سهل بن أبى الصغدى حدثنا منصور بن صقير ثنا ثابت بن محمد عن نافع ابى غالب عن ابى سعيد الخدرى ... ودرجة رواة هذا الحديث كما قال الحافظ ابن حجر هى :
سهل : صدوق من العاشرة تقريب جـ ١ ص ٣٣٦ .
منصور : ضعيف من التاسعة تقريب جـ ٢ ص ٢٧٦ .
ثابت : زاهد صدوق يخطئ فى احاديث من التاسعة تقريب جـ١ ص١١٧ .
نافع : ثقة من الخامسة تقريب جـ ٢ ص ٤٦٠
ابوسعيد صحابى .
قلت : هذا الحديث ضعيف لضعف منصور بن صقير . وليس للحديث شواهد ولا متابعات .

القول الخامس :

أن حريم البئر معتبر بالعرف ومقدر بما تدعو اليه الحاجة مما يحقق الانتفاع التام بالبئر ويدفع عنه الضرر . وهذا يختلف من بئر لاخر باعتبارات عدة فيختلف باعتبار الالة المستخدمة فى استخراج الماء فماكان يستخرج بواسطة دولاب غير ماكان يستخرج بواسطة سانية وهذا غير ماكان يستقى باليد . ويختلف باعتبار عمق البئر فالبئر العميقة تحتاج سانيتها الى مساحة تمتد حولها عند نضح الماء غير ما تحتاجه سانية البئر غير العميقة . ويختلف باعتبار رخاوة الارض وصلابتها فالبئر فى الارض الرخوة ينجذب ماؤها الى ماقرب منها بخلاف بئر الارض الصلبة الى غير ذلك من الاعتبارات التى تتنوع بتنوع الاماكن والازمنة .

وبهذا قال الشافعية(١) والمالكية(٢) وهو رواية عن الامام أحمد أخذ بها بعض الحنابلة(٣) وقال به بعض الحنفية(٤) وهو قول ابن حزم(٥) .

قال الماوردى منتصرا لهذا الرأى ورادا على ماخالفه ان تقدير مقدار معين للحريم " لم يرد به شرع ولا اقتضاه معهود ولا أوجبه قياس ، ولم يوجبه أحد هذه الثلاثة يكون معتبرا بالعرف فيما لا يستغنى عنه "(٦) .

---

(١) الحاوى جـ ١٠ لوح ٥٣ - ٥٤ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٢٨٣ .

(٢) المدونة جـ ص ١٨٩ ، الاموال ص ٣٧١ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٦٧ .

(٣) الانصاف جـ ٦ ص ٣٧١ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٩٣ ، الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٦ ص ١٦٣ .

(٤) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٧٩ .

(٥) المحلى : ٩ / ١٠١ .

(٦) الحاوى : جـ ١٠ لوح ٥٣ .

القول السادس :

ان حريم البئر العادى لا يقل عن خمسين ذراعا وحريم البئر البدى لا يقل عن خمس وعشرين ذراعا ان كان هذا المقدار يفى بحاجة كل منهما . فان كان لا يفى بالحاجة فالحريم قدر الحاجة وبهذا قال بعض الحنابلة (١) وقال به بعض الحنفية (٢) الا ان التقدير عندهم باربعين ذراعا لبئر العطن وستين ذراعا لبئر الناضح .

ويظهر ان اصحاب هذا القول أخذوا بالتقدير الوارد فى الحديث حين يكون محققا لحاجة البئر . فان كانت الحاجة لا تندفع الا باكثر من ذلك وجب المصير اليه تحقيقا لتمام الانتفاع .

ويبدو ان هذا القول قريب فى معناه من القول السابق (القول الخامس) الذى يجعل الحريم مقدرا بالعرف والحاجة الا أن هذا القول حدد للحريم حدا أدنى . وذاك أطلق .

هذه آراء العلماء فى هذه المسألة . فما موقف كل منهم من أدلة الاخرين ؟ .

هذا ما سنتبينه فى المناقشة التالية إن شاء الله :

---

(١) الانصاف جـ ٦ ص ٣٧١ ، وذكر المؤلف ان القاضى ذكره فى الاحكام السلطانية . ولم اجد له ذكرا فيها .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٧٩ .

ـ المناقشة :

ناقش أصحاب تلك الاقوال بعضهم بعضا . فقال أصحاب المذهب الاول القائلين بان مقدار الحريم خمسون ذراعا للبئر العادى وخمسة وعشرون ذراعا للبئر البدى قالوا :

ان دليل اصحاب القول الثالث حديث رواه ابوهريرة وهو راوى حديثنا وحديثنا اصح منه فوجب الاخذ بحديثنا وطرح ماعداه .

وناقشوا اصحاب القول الرابع فقالوا بان الحاجة الى الحريم لا تنحصر فى ترقية الماء فقط حتى يقدر بالرشاء وانما الحاجة تكون بذلك وبما يكون حول البئر من مواقف للابل والغنم ونحوها وموضع يجعل لا حواض الماء وموقف لاستراحة الدابة التى يستقى عليها واشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج اليه لترقية الماء حتى يقدر بالرشاء . (١)

وناقشوا اصحاب القول الخامس القائلين بان المعتبر فى مقدار الحريم هو قدر الحاجة : بأن الحريم معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة (٢) .

وناقش اصحاب القول الثانى أصحاب القول الثالث بلزوم التفريق بين بئر العطن وبئر الناضح . لان بئر الناضح قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشا . وبئر العطن الاستقاء منه باليد فقلت الحاجة

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٩٤ .
(٢) المغنى جـ ٥ ص ٥٩٤ ، الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٦ ص ١٦٤ .

الى طول المسافة فلابد من التفاوت بين النوعين (١) .

وأجاب أصحاب القول الثالث عن ذلك بقولهم : ان الملك فى الموات يثبت بالاحياء ولم يوجد أحياء للحريم فدخول الحريم تبعا للبئر انما كان لحاجة البئر اليه وحاجة البئر الناضح تندفع باربعين ذراعا من كل جانب كحاجة بئر العطن فبقيت الزيادة على ذلك على حكم الموات (٢) .

وأجابوا عن استدلال اصحاب القول الثانى بالحديث : بانه يحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك فى بئر خاص (٣) فتكون حادثة عين يقتصر الحكم عليها .

وأجاب أصحاب القول الخامس عن أدلة القائلين بالتحديد بمقدار معين : بأن حملوا اختلاف الروايات الواردة فى مقدار الحريم على اختلاف القدر المحتاج اليه (٤) فما ورد فى تقدير الحريم بخمس وعشرين كان هو قدر حاجة تلك البئر التى قدر لها بذلك وما ورد فى تقديره بأربعين كان هو قدر حاجة تلك البئر التى قدر لها بذلك وما قدر لها بمد الرشاء كان هو كفايتها وهكذا .

---

(١) الهداية وتكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١٤٠ وانظر بالهامش العناية .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٥ .
(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٥ .
(٤) فتح العزيز جـ ٧ لوح ٣٥ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٢٨٣ .

وعلى هذا فالادلة انما تدل على ماذهب اليه اصحاب القول الخامس من تقدير ذلك بقدر الحاجة وعدم اعتبار مقدار معين فى كل بئر.

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح هو ماذهب اليه القائلون بانه ليس فى الحريم تحديد لازم لايجوز الخروج عليه بالزيادة فيه او النقص منه وانما يرجع فى تقديره الى الحاجة. فما يحتاجه البئر مما يحقق تمام الانتفاع به ويدفع عنه الضرر يعتبر حريما له لايجوز لاحد ان يتعدى عليه وذلك لان الحاجة تختلف من بئر لآخر فالبئر العميقة تحتاج الى مساحة اكثر من البئر غير العميقة من أجل مد الرشاء ومطرح التراب المستخرج من قعر البئر وما تحتاجه البئر التى تردها الماشية كثيرا غير ماتحتاجه بئر تردها الماشية قليلا . وما كان من الابار رخو الارض يحتاج حريما اكثر مما يحتاجه صلب الارض وماكان من الابار يتأثر بجذب الماء الجوفى مما حوله يحتاج حريما اكثر من النوع الذى لا يتأثر بذلك ... الى غير ذلك من الاعتبارات المتنوعة هنا ثم ان ماذكره الشافعية من الجواب عن أدلة القائلين بالتحديد جواب جيد ووجيه فان الادلة تدل بمجموعها على لزوم وجود الحريم ولكن اختلفت فى تقديره وهذا الاختلاف حسبما يظهر لى - والله أعلم - انه لاختلاف حال الابار المبين حكمها . فلما كانت حاجة بعضها خمسا وعشرين ذراعا جعل ذلك حريمها ولما كانت حاجة البعض الاخر خمسين ذراعا جعل ذلك حريمها . وهذا ظاهر فى البئر العادية والبئر البدية . فلما كانت العادية لقدمها تكون عميقة بين ان حريمها خمسون ذراعا والبئر البدية لما كانت فى الغالب غير عميقة جعل حريمها خمسا وعشرين ذراعا ، ولأن

حاجة بعضها اربعون ذراعا جعل ذلك هو حريمها وحاجة بعضها مقدار الحبل الذى يرقى به ماؤها جعل ذلك هوحريمها . فالمعول عليه اذاً انما هـو قدر الحاجة والعرف هو الذى يحدد ذلك والأحاديث انما جاءت مبينة لبعض انواع تلك الحاجة .

ويحسن فى عصرنا الحاضر الرجوع فى تحديد حريم الابار التى يتحقق بها الانتفاع على أتم وجه الى الخبراء المختصين بعلوم الارض والاستفادة من خبرتهم فى معرفة ماتحتاجه الابار من حريم حسب طبيعة كل أرض .
والله أعلم .

—..—

المطلب الثاني : حريم العيون

اختلف العلماء في مقدار حريم العيون على خمسة أقوال :

القول الاول :

ان مقدار حريم العيون خمسمائة ذراع من كل جانب فمقدار قطر الحريم ألف ذراع .

وبهذا قال الحنفية (١) وجمهور الحنابلة (٢) . واستدلوا لذلك بالسنة .

فيما رواه ابو يوسف عن الحسن بن عمارة عن الزهري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر الناضح ستون ذراعا وحريم بئر العطن اربعون ذراعا عطنا للماشية) (٣) .

وجه الاستدلال :

ان هذا نص في بيان مقدار حريم العين فلزم الاخذ به والوقوف عنده .

---

(١) الهداية جـ ٨ ص ١٤١ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٥ ، الدر المختار جـ ٥ ص ٢٧٩ ، الخراج لابي يوسف ص ١٠٩ .

(٢) الانصاف جـ ٦ ص ٣٧١ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٢ ، الافصاح جـ ٢ ص ٢٨٤ .

(٣) سبق تخريجه . انظر ص (٢٢٦)

القول الثانى :

ان مقدار حريم العيون ثلاثمائة ذراع .

ونقل القول بهذا الرأى عن سعيد بن المسيب والزهرى [1] ولم أجد له دليلا فيما اطلعت عليه من المراجع .

القول الثالث :

ان مقدار حريم العيون مائتا ذراع .

وبهذا قال ابن عباس وعكرمة [2] .

ولم اجد له دليلا أيضا .

القول الرابع :

ان مقدار حريم العيون مائة وخمسة وعشرون ذراعا من كل جانب وهؤلاء فهموا القول بأن مقدار الحريم خمسمائة ذراع على انه خمسمائة من كل الجوانب الاربعة فكل جانب مائة وخمسة وعشرون وهذا قول ضعيف عند الحنفية [3] .

---

(١) الخراج ليحيى بن آدم ص ١٠٢ ، التعليق على المغنى على الدارقطنى جـ ٤ ص ٢٢١ .

(٢) الخراج ليحيى بن آدم ص ١٠٣ ، المحلى جـ ٩ ص ١٠٢ .

(٣) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٧٩ .

القول الخامس :

ان حريم العيون معتبر بالعرف من غير تحديد وهو قدر ما تدعو اليه الحاجة فما حولها .

وبهذا قال مالك [١] والشافعية [٢] وجماعة من الحنابلة [٣] وعللوا لذلك :

بان الحريم انما وضع للحاجة فينبغى ان تراعى فيه دون غيرها [٤].

الراجح :

الذى أميل اليه أن مقدار الحريم معتبر بالعرف ومقدر بالحاجة كما ذهب اليه أصحاب القول الخامس لما ذكروه من التعليل ولما مر فى حريم البئر ويحمل اختلاف اقوال الصحابة والتابعين فى مقدار حريم العين على اختلاف قدر الحاجة فى كل حال بحسبها . والله أعلم .

...

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ١٠٢ ، فتح العزيز جـ ٧ لوح ٣٥ ، الافصاح جـ ٢ ص ٢٨٤ . وبحثت فيما لدى من كتب المالكية ولم اجد لهم قولا فى هذه المسألة .
(٢) الحاوى جـ ١٠ لوح ٥٤ .
(٣) الانصاف جـ ٦ ص ٣٧٢ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٩٣ .
(٤) المغنى جـ ٥ ص ٥٩٤ .

المطلب الثالث : حريم الانهار والقنوات

أولا : حريم الانهار :

يرى جمهور العلماء انه لابد للنهر من حريم . ونقل عن أبى حنيفة انه قال لا حريم للنهر أصلا [١] ، ونفى صحة هذا القول بعض علماء الحنفية [٢] ونسبوا الى ابى حنيفة انه يرى راى الجمهور فى لزوم الحريم للنهر.

اذا تبين هذا فقد اختلف العلماء فى مقدار حريم النهر على ثلاثة أقوال :

القول الاول :

ان حريم النهر معتبر بقدر الحاجة فما يحتاجه النهر لطرح مايستخرج منه عند تنظيفه وطريق آلات تنظيفه وما يضر صاحبه بتطكه عليه يعتبر حريما للنهر وان كثر.

وبهذا قال الشافعية [٣] والحنابلة [٤] .

القول الثانى :

ان حريم النهر مقدار عرض النهر من كل جانب فكل جانب يأخذ قدر عرض النهر حريما له . وبهذا قال محمد بن الحسن من الحنفية [٥] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩١ . الهداية وشرحها العناية وشرحها تكلمة فتح القدير جـ ٨ ص ١٤٢ .
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩١ .
(٣) فتح العزيز جـ ٧ لوح ٣٥ . الحاوى جـ ١٠ لوح ٥٤ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٢٨٣ .
(٤) الانصاف جـ ٦ ص ٣٧٢ . كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٢ .
(٥) الهداية جـ ٨ ص ١٤٣ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٥ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨١ .

القول الثالث :

ان حريم النهر مقدار نصف عرض النهر من كل جانب .

وبهذا قال ابويوسف صاحب ابى حنيفة وعليه الفتوى عند الحنفية [١] .

الراجح :

الذى أميل اليه هو ما ذهب اليه اصحاب القول الاول من أن مقدار حريم النهر معتبر بقدر الحاجة . ولعل اصحاب القولين الثانى والثالث اعتبروا الحاجة بقدر معين لكون ذلك هو الحاجة فى وقتهم فتكون النتيجة اذا أن جميع الاقوال ترجح اعتبار قدر الحاجة ولكن بعضهم حدد الحاجة بقدر معين والبعض الاخر ترك ذلك لظروف كل حال بحسبها .

والله أعلم .

...

ثانيا : حريم القناة :

اختلف العلماء فى مقدار حريم القناة على قولين :

القول الاول :

ان حريمها مقدر بالحاجة . وبهذا قال الشافعية وجمهور الحنفية ولكن اصحاب هذا القول اختلفوا فى المعيار الذى تقدر به الحاجة .

---

(١) الدر المختار جـ ٥ ص ٢٨١ ،
الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٨٧ .

فحدد الشافعية الحاجة بقولهم : هى القدر الذى لو حفر فيه لنقص ماء القناة أو خيف منه انهيار وانكباس . ويختلف ذلك بصلابة الارض ورخاوتها [١].

وحدد ابويوسف صاحب أبى حنيفة قدر الحاجة بانه : ماكان جامعا للماء وحائلا دونه عن ان يسيح على الارض [٢].

وحدد جمهور الحنفية قدر الحاجة بأنه : قدر مايصلح القناة لالقاء الطين ونحوه [٣].

القول الثاني :

ان مقدار حريم القناة كمقدار حريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب. وهذا هو المذهب عند الحنابلة [٤] وبه قال بعض الحنفية [٥].

الراجح :

الذى أميل اليه هو ماذهب اليه اصحاب القول الاول من اعتبار قدر الحاجة فى تحديد حريم القناة وان ذلك يختلف باختلاف حجم القناة ونوعية الارض المجراة فيها القناة .

---

(١) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٢٨٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٦٤.
(٢) الخراج لابى يوسف ص ١٠٩.
(٣) الهداية جـ ٨ ص ١٤٢، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٠.
(٤) الانصاف جـ ٦ ص ٣٧٢ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٩٢.
(٥) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٠ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٢.

ويجاب عن تقدير أصحاب القول الثانى حريم القناة بقدر حريم العين بالمنع من التسوية بينهما لان ماتحتاجه العين يختلف عما تحتاجه القنــــاة فالتسوية بينهما تسوية بين مختلفين وقياس احداهما على الاخروقياس مع الفارق وذلك ان القناة لاتحتاج الا الى مجرى مائها وما حوله مما تحتاجه فى صيانتهــا وحفظها .

وما تحتاجه العين اكبر من ذلك كحاجتها الى عدم التأثير على منبعهـا وهذا لابد له من مساحة كبيرة الى غير ذلك من الامور . والله أعلم .

—•—

الفصل الثالـــث

دعوى الشـــرب

سبق أن عرفنا ان حق الارتفاق بالشرب مرتبط د / ئما بالارض التى تشرب منه فاذا ادعى انسان حق شرب وكانت له ارض تشرب منه سمعت دعواه . ولكن اذا لم يكن هناك ارض وادعى الشرب فهل تسمع هذه الدعوى ؟ او لا ؟ .

وضح هذا فقهاء الحنفية فقالوا :

ان القياس يمنع من سماع مثل هذه الدعوى لامرين :

١ - ان من شرط صحة الدعوى أن يكون المدعى معلوما فى الدعوى والشهادة والشرب بدون ارض يعتبر مجهولا جهالة لاتقبل الاعلام .

٢ - ان من شرط صحة الدعوى ان يكون المدعى يحتمل التمليك والشرب بدون ارض لا يحتمل التمليك فلو اثبت المدعى دعواه بالبينة لا يسمع له القاضى ولا يقبل تلك الخصومة فيه كدعوى الخمر فى حق المسلمين (١) .

هذا هو القياس كما تقدم .

واما فى الاستحسان فانه يقبل سماع مثل هذه الدعوى ببينة ويحكم له بالشرب لأمرين :

---

(١) المبسوط جـ ٢٣ ص ١٨٦ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤١ ، الهداية وشروحها تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١٤٧ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٢ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٥ .

١ - ان الشرب مرغوب فيه ومنتفع به فينبغى سماع دعوى من يدعيه بخلاف دعوى الخمر فانه لا ينتفع بها .

٢ - ان الشرب يمكن أن يملك بدون ارض بعدة طرق . منها الارث ومنها الوصية ومنها بيع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة (١) . ثم ان القاضى لا يملكه بالقضاء شيئا ابتداء . ولهذا لا ينفذ قضاؤه باطلا فى الاملاك المرسلة وانما يظفر بقضاء حقه او ملكه والشرب يحتمل ذلك (٢) .

وسنعرض بشىء من التفصيل لصور من دعوى الشرب .

- <u>الصورة الاولى :</u>

اذا كان نهر عظيم يشرب منه اهل قرى لا يحصون فقام من كان فى اعلى النهر بحبسه عن الاسفلين وقالوا : هو لنا وفى ايدينا . فاعترض عليهم أهل الاسفل وقالوا : بل هو لنا كله ولا حق لكم فيه . فمن منهم تسمع دعواه ؟

[illegible] ان الحكم يختلف باختلاف الاحوال التالية :

- <u>الحال الاولى :</u> أن يكون الماء يجرى الى الاسفلين يوم الخصومة فيترك على حاله يجرى اليهم وشربهم منه جميعا كما كان وليس للاعلين ان يحبسوا الماء عنهم .

---

(١) المبسوط ج٢٣ ص ١٨٦ ، تبيين الحقائق ج ٦ ص ٤١ ، الهداية وشراحها تكملة فتح القدير ج ٨ ص ١٤٧ ، الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٤٠٢ ، رد المحتار ج ٥ ص ٢٨٥ .

(٢) المبسوط ج ٢٣ ص ١٨٦ .

- الحال الثانية : أن يكون الماء منقطعا عن الاسفلين يوم الخصومة ولكن علم ببينة أو غيرها انه كان يجري الى الاسفلين فيما مضى وان اهل الاعلى حبسوه عنهم . ففي هذه الحال يحكم على أهل الاعلى بازالة الحبس عن الماء واجرائه الى الاسفلين .

- الحال الثالثة : أن يعلم ان لكل من اهل الاعلى واهل الاسفل شربا من هذا النهر ولكن لم تعلم كيفية شربهم منه وقد ادعى كل فريق اليد على النهر على سبيل الكمال وليس لاحد الفريقين مزية على الاخر الا من حيث الهيئة ولا من وجه آخر . ففي هذه الحال يحكم بجعل النهر بينهم جميعا ويقسم شربهم منه على قدر مساحة اراضيهم [1] لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف باختلاف مساحة الارض التي تسقى صغيرا وكبيرا [2] . فالظاهر ان حق كل واحد من الشرب بقدر شرب أرضه فيحكم بالظاهر حتى يتبين خلافه [3] .

الصورة الثانية :

اذا كان نهر بين قوم لهم عليه ارضون ولبعض اراضيهم سواق على ذلك النهر ولبعضها دوال [4] وسوان [5] وبعضها ليست لها سانية

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٢ .
(٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤١ .
(٣) المبسوط جـ ٢٣ ص ١٧٢ .
(٤) الدالية : الناعورة يديرها الماء . لسان العرب جـ ١٤ ص ٢٦٦ .
(٥) السانية : البعير يسنى عليه . المصباح المنير جـ ١ ص ٣١٣ .

ولا دالية وليس لها شرب معروف من هذا النهر ولا من غيره فاختصموا في هذا النهر . فادعى صاحب الارض ان لها فيه شربا وهى على شاطئ النهر .

فالقياس : ان النهر يكون بين اصحاب السواني والدوالي ونحوها لانهم يضعون ايديهم على النهر بواسطة الدوالي والسواقي دون اهل الارض لعدم وضع اليد على النهر بالنسبة لهؤلاء فوضع اليد يثبت الملك قياسا فى هذه الصورة .

وفى الاستحسان : يكون النهر بينهم جميعا على قدر أراضيهم التى على شط النهر ، لان المقصود بحفر النهر سقى الاراضى لا اتخاذ السواقي والدوالي ، واذا كان المقصود من النهر ماذكر كان الجميع سواء فى اثبات اليد فيكون النهر بينهم على قدر (١) اراضيهم كما سبق .

الصورة الثالثة :

اذا لم يكن لارض شرب معروف فحكم لها بالشرب من نهر بجانبها وكان لصاحبها ارض اخرى الى جنبها ليس لها شرب معروف . ففى الاستحسان ان يجعل لاراضيه كلها ان كانت متصلة الشرب من هذا النهر . لانها باتصال بعضها ببعض صارت كالارض الواحدة .

وفى القياس : لا يستحق الشرب من هذا النهر للارض الاخرى الا بحجة (٢) لان الاراضى الاخرى غير متصلة بهذا النهر بل الارض الاولى

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٤ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١١ .
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٤ ، الفتاوى الخانية جـ٣ ص ٢١١ .

حائلة بين النهر وهذه الاراضى . (١)

الصورة الرابعة :

اذا كانت ارض يحول بينها وبين النهر ارض لاخر وليس لها شرب معروف فلا يدرى من اين كان شربها فيحكم بان لها شربا من هذا النهر الا ان كان النهر خاصا بقوم فلا يجعل لغيرهم فيه شرب الا ببينة (٢).

ج ٥ ٠

---

(١) الفتاوى الخانية جـ٣ ص ٢١١-٢١٢ .
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠٤ .

الباب الثاني

في أحكام حق المجرى

((الباب الثاني))

في

أحكام حق المجرى

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في التصرف في المجرى .

الفصل الثاني : في نفقات صيانة المجرى .

الفصل الثالث : في التنازع على المجرى .

—•—

((الفصـــــل الاول))

فــى

التصـــــرف فى المجــــرى

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الاول : فى احكام أنواع المجــرى

المبحث الثانى : فى حكم اجراء الماء فى أرض الغير.

المبحث الثالث : فى تحويل المجرى من مكانـــه .

—•—

المبحث الاول

فى احكام أنواع المجرى

سبق أن أشرنا الى أن المجرى أنواع منه ما هو عام ومنه ما هو خاص وأن الخاص قد يكون مشتركا بين جماعة وقد يكون خاصا بفرد وهذا اما أن يكون المجري يملك رقبة المجرى وأما أن يكون المجري ليس له الا حق الاجراء ولكل نوع أحكام تخصه وسنبينها فيما يلى :

النوع الاول : المجرى الخاص بفرد الذى تكون رقبته لغير المجري :

اذا كان لعقار حق اجراء الماء فى أرض عقار آخر فان من ترتب لعقاره حق الاجراء لا يملك شيئا من أرض المجرى أو هوائه أو حافتيه وانما له مجرد الارتفاق باجراء الماء فى أرض الغير ويجب عليه أن يكون اجراؤه للماء اجراءا معتادا كما لا يجوز له أن يتصرف فى المجرى بدون اذن مالكه فلا يوسع عرضه أو يعمقه أو يبنى عليه بناء كقنطرة ونحوها أو ينصب عليه رحى أو يغير موضعه الا باذن مالكه.

ولمالك رقبة المجرى أن ينتفع بالمجرى بالغرس على حافتيه ما شاء من أشجار وأن ينصب عليه رحى ويبنى عليه بناء على أن لا ينجم عن ذلك ضرر بالمجرى فلا يحول دون جرى الماء او عرقلة انسيابه الى صاحبه فان أدى الى شئ من ذلك منع منه .[1] ويدل

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٤٠١ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٠-١٩١ تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤١ ، الهداية للمرغينانى جـ ٨ ص ١٤٩ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٨ .

على كل هذا ما روى في قصة عمر مع الضحاك ومحمد بن مسلمة
قال عمر : (لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضرك) (١) فبين عمر رضى الله عنه أن من حق محمد ابن مسلمة ان ينتفع بماء الضحاك في سقى ارضه التى تحيط بالمجرى . وأن الضحاك ينبغى له أن لا يجرى من الماء الا القدر المعتاد بحيث لا يترتب عليه ضرر بأرض محمد بن مسلمة .

النوع الثانى : المجرى فى أرض الغير الخاص بفرد ورقبته للمجرى :

اذا كان المجرى ملكا لصاحب الماء وليس ملكا لصاحب الأرض التى تحيط به فان مالكه له التصرف التام فيه ولا يملك أحد أن يحول دون ذلك فان شاء عمقه وان شاء بنى عليه ما يريد من بناء أو قنطرة أو ينصب عليه رحى أو دولابا ونحو ذلك لأنه يملك تخومه وهواءه كسائر الأملاك فيحق له أن يتصرف فى ملكه على وجه لا يضر بغيره (٢)

وليس لصاحب الأرض المحيطة بالمجرى أن ينتفع منه بشىء الا باذن صاحبه .

---

(١) الموطأ بشرحه المنتقى جـ ٦ ص ٤٥ وقد سبق بيان النص كاملا . ص (٥٠)

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٥٨٨ .

فان احتاج المجرى الى اصلاح فهل لصاحبه المرور في الأرض المحيطه به أولا ؟ . لا يخلو الأمر اما أن يمكنه أن يقوم باصلاح ما يحتاج الى اصلاحه بالمرور في نفس المجرى أولا .

فان كان يمكنه ذلك أمر بالمرور فيه ولا يجوز له المرور في الأرض المحيطه به الا باذن من صاحبها . قال في الفتاوى الهندية " لرجل نهر في أرض رجل فأراد دخول أرضه لاصلاح النهر ومنعه رب الأرض فليس له الا أن يدخل في بطن **النهر** "(١) . وهذا لأنه يمكنه المرور في نفس النهر واصلاح ما يحتاج الى اصلاحه .

وان كان لا يمكنه القيام باصلاح مجراه الا بالمرور في الأرض المحيطة بالمجرى أمر صاحب الأرض بالاذن له أو أن يقوم هو باصلاح ذلك من مال صاحب المجرى قال في الفتاوى الهندية " لو كان النهر في دار انسان واحتاج الى حفره فان أمكنه الدخول في بطن النهر دخل وحفر وان لم يمكنه يقال لصاحب الدار اما أن تأذن له في ذلك حتى يحفر والا فأحفره أنت بماله "(٢)

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٧٤ ، ٣٩٩ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١٢ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٧٤ ، ٣٩٩ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٧ ، جـ ٣ ص ١١٦ .

النوع الثالث : المجرى المشترك :

اذا كان المجرى مشتركا بين جماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة "لانه انما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة "(١).

ولا يجوز لاحد ان يتصرف فى المجرى دون اذن جميع الشركاء سواء أضر بهم التصرف او لم يضر . "لان حرمة التصرف فى المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك "(٢) . فلو اراد احد الشركاء ان يحفر مجرى صغيرا يأخذ الماء من النهر المشترك ليسقى به ارضا له أحياها فى اول النهر ولا شرب لها منه لم يجز مالم يأذن جميع الشركاء . " لان الحفر تصرف فى محل مملوك على الشركة من غير رضاهم . فيمنع منه"(٣) وقد ينجم عن حفره كسر ضفة النهر المشترك فيضرر الشركاء .

ولا يجوز لاى منهم ان يوسع فم النهر . لانه تصرف فى المجرى بزيادة الماء فيه من غير رضا الجميع. كما لا يجوز تضييقه لانه تصرف فى المجرى بانقاص الماء فيه من غير رضا الشركاء . ويمنع من تقديم راس الساقية التى يجرى فيها الماء ومن تاخيره كما يمنع من اجراء ماء لغير المشتركين فيه ومن نصب رحى او بناء قنطرة عليه ونحو ذلك . وليس لاحدهم ان يسكر النهر عمن هو اسفل منه ليسقى ارضه لان فى السكر احداث شىء لم يكن فى وسط النهر فلا يجوز مالم ياذن بقية الشركاء فان تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى يشرب فى نوبته او اتفقوا على ان يسكر كل واحد منهم فى نوبته جاز لان الحق لهم وقد رضوا بذلك فلا يكون

---

(١) المغنى جه ص ٥٨٦ ، وانظر كشاف القناع ج ٤ ص ١٩٩ ، الفتاوى الكبرى الفقهية ج٣ ص ١٨٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٩٠ ، وانظر الفتاوى الكبرى الفقهية ج٣ ص١٨٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٩٠ .

هناك مانع من هذا التصرف ولا خلاف في هذا بين الفقهاء . (١)

النوع الرابع : المجرى العام :

المجرى العام يشمل المجاري العامة للمياه كالأنهار العظيمة مثل نهر النيل والفرات وسيحون وجيحون والأودية العامة التي تجري بمياه الأمطار ونحو ذلك . فهذه المجاري الارتفاق بها حق لعامة المسلمين والتصرف فيها مشروط بعدم المساس بحقهم . فلكل أحد أن ينتفع بها فيجري منها مجرى لأرضه وله أن ينصب عليها رحى أو آلة للطحن أو توليد الكهرباء أو يبني قنطرة عليها ونحو ذلك لأن مثل هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لأحد فكان الناس فيها كلهم على السواء لا يمنع من ذلك أحد ما لم يترتب على تصرفه ضرر بالعامة . فان نجم عنه ذلك منع منه وان ترتب على هذا المنع ضرر به . دفعا للضرر العام بارتكاب الضرر الخاص .

فلو أراد انسان أن يجري منها مجرى لأرضه فان كان اجراؤه يؤثر على ضفة النهر كأن يميل الماء ويغرق ما حوله منع من اجرائه وان كان لا يترتب على اجرائه ضرر بأحد لم يجز منعه .

---

(١) تبين الحقائق جـ ٦ ص ٤٢ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٦-٣٩٧ . ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٨ ، ص ٢١٠ ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٨٥ . ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٠ - ١٩١ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٦ ، فتح العزيز شرح الوجيز جـ ٧ ق ٤٩ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٧ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٢٠٠ ، المغني جـ ٥ ص ٥٨٨ ، الهداية وشرحها فتح القدير جـ ٨ ص ١٤٨ - ١٤٩ . المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ٣٣ الشرح الكبير حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٦٧ .

وكذا من أراد نصب رحى أو بناء قنطرة ونحو ذلك فانه اذا ترتب على احداث مثل هذه الاشياء ضرر فانه يمنع ويزال الضرر ولكل أحد من الناس المطالبة بمنعه من ذلك . (١)

ولا يجوز لأحد أن يتحجر حافات مثل هذه الانهار والاودية أو يتملكها قال فى مغنى المحتاج " حافات المياه التى يعم جميع الناس الارتفاق بها ... لا يجوز تملك شىء منها باحياء ولا ابتياع من بيت المال ولا غيره "(٢) ولا يجوز للامام اقطاعها لأحد . لأن ولايته على المسلمين نظرية بمعنى أنه لا يجوز له أن يتصرف فى شأن من شئونهم الا بما فيه مصلحة لهم وليس من مصلحتهم اقطاع هذه الاشياء أو تمليكها لآحاد الناس لما فى ذلك من الضرر بالعامة . كما يتعين عليه ازالة الضرر عنها ومنع المضار باستعماله لها . (٣)

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٢ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٣٩ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١١٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٩٥ ، ٤٠٥ - ٤٠٦ . الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٦ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٣ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٢ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١١ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٧٣ ، الفتاوى الكبرى الفقهية جـ ٣ ص ١٩٣ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨٣ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٥٤ .

وفى الوقت الحاضر خصص جهاز فى الدولة مهمته القيام بادارة تشغيل المياه والمجارى والمحافظة عليها من كل عابث فلا أحد يتصرف فى شئ من مجارى المياه الا بعد الحصول على الاذن من ذلك الجهاز ويتمثل هذا الجهاز فى بلادنا بوزارة الزراعة والمياه كما نص على ذلك المرسوم الملكى رقم ٢٢ وتاريخ ٢٣/٦/١٣٩١هـ حيث جاء فى المادة الثامنة عشرة ما يلى :

" تختص وزارة الزراعة والمياه بالبحث عن مصادر المياه والمحافظة عليها وتنميتها وايصال الشبكات من مصادر المياه الى المدن والقرى والهجر بها "(١)

كما أن الوزارة تقوم بالمحافظة على الأودية ومنع من أراد أن يحيى شيئا من بطونها لئلا يعوق جريها .

---

(١) الأنظمة واللوائح والتعليمات جـ ١ ص ٦٣ - ٦٦ .

المبحث الثانـــي

حكم اجـــراء المـــاء فـــى أرض الغـــير

اذا أراد انسان أن يجرى ماءه فى أرض غيره فلا يخلو اما أن يكون باذن أولا . فان كان باذن فيجوز بلا خلاف .

وان كان بغير اذن فلا يخلو ايضا اما ان يترتب على اجرائـــه ضرر يلحق بصاحب الأرض أولا . فان كان يترتب عليه ضــرر لم يجز أيضا بلا خلاف وان كان لا يترتب عليه ضرر فقد اختلف العلماء فى جواز الاجراء على خمسة أقوال :

القول الأول : الجواز فى حال ما اذا كان محتاجا للاجـــراء وبهذا قال مالك فى احدى الروايات[1] عنه وهو قول للشافعيـــة[2] وقال عنه النووى انه شاذ .[3] ورواية عند الحنابلة[4] اختارهـــا شيخ الاسلام ابن تيمية[5] .

واستدلوا لذلك بما يأتى :

---

(١) المنتقى جـ ٦ ص ٤٦ ، شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٣٤

(٢) فتح العزيز جـ ١ ص ٣٢٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ .

(٣) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ .

(٤) الفروع وتصحيحها جـ ٤ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ ، المبدع جـ ٤ ص ٢٩٢ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٤٩ .

(٥) الاختيارات الفقهية ص ١٣٥ ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام بن تيمية جـ ٣٠ ص ١٦ .

١ - ما رواه ابن عباس رضى الله عنه قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار) (١) . قال الباجى (٢) : " والضرار ادخال الضرر على الجار دون منفعة لمن جوز ذلك الضرر " (٣)

وقول الباجى هذا انما يعنى به أن مالك الأرض اذا امتنع من تمكين جاره من اجراء الماء فى أرضه يعتبر مضارا . لأنه منع جاره من الانتفاع بشىء لا يلحقه منه ضرر . ولا منفعة له من هذا المنع . فيجب حينئذ المنع من الضرار بتمكين من أراد اجراء مائه فى أرض غيره من ذلك .

---

(١) تقدم تخريجه ص (١٦٥)

(٢) الباجى : هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبى الأندلسى المالكى الباجى . ولد ببطليوس بالأندلس ثم رحل الى باجه - بلدة بالأندلس - تتلمذ فى الاندلس على ابى الأصبغ ثم رحل الى الحجاز فى طلب العلم ثم عاد الى باجه ولى القضاء وكان قوى الحجة عارض ابن حزم . له مؤلفات كثيرة منها المنتقى شرح الموطأ . توفى بالمرية بالأندلس سنة ٤٧٤هـ - الديباج المذهب ص ١٢٠ ، شجرة النور الزكية ص ١٢٠ - شذرات الذهب جـ ٣ ص ٣٤٤ .

(٣) المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤٦ - ٤٧ .

٢ ـ ما رواه مالك عن عمرو بن يحى المازنى عن أبيه : (ان الضحاك[1] بن خليفه ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة[2] فأبى محمد . فقال له الضحاك : لم تمنعنى وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك . فأبى محمد . فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله . فقال محمد : لا . فقال عمر : لم تمنع اخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك . فأمره عمر أن يمر به . ففعل الضحاك .)[3]

---

(١) الضحاك هو الصحابى الضحاك بن خليفه بن ثعلبه بن عدى بن كعب بن عبد الاشهل الانصارى الاشهلى . شهد غزوة بنى النضير وقيل شهد أحد . توفى فى آخر خلافة عمر ـ الاصابة جـ ٣ ص ٢٠٥ ، الاستيعاب فى معرفة الاصحاب جـ ٢ ص ٢٠٨ .

(٢) محمد بن مسلمة : هو الصحابى محمد بن مسلمة بن سلمة ابن خالد ابن عدى بن مجدعة بن الاوس الانصارى الأوسى الحارثى أبو عبد الرحمن ولد قبل البعثة بـ ٢٢ سنة روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث شهد بدرا هو وأولاده . كان محمد ذهب الى قتل كعب بن الاشرف . توفى بالمدينة سنة ٤٦ هـ وقيل سنة ٤٣ هـ رضى الله عنه وأرضاه .
الاصابة جـ ٣ ص ٣٨٣ - ٣٨٤ .

(٣) موطأ الامام مالك بشرحه المنتقى جـ ٦ ص ٤٥ - ٤٦ .

وجه الدلالة أن قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه نص في محل النزاع فقد اجاز للمدعى أن يجرى ماءه في أرض غيره بغير رضاه اذا كان محتاجا لذلك ولا ينجم عن هذا الاجراء ضرر يلحق بالارض . فوجب الاخذ به ولم يروعن احد من الصحابة خلافه (١) فكان اجماعا .

القول الثاني : يجوز للانسان اجراء مائة في أرض غيره في حال ما اذا كان مضطرا لذلك وبهذا قال الحنابلة في الرواية الثانية . (٢)

واستدلوا بالادلة السابقة التي استدل بها أصحاب القول الاول الا أنهم حملوا قضاء عمر للضحاك على حال الضرورة لا مجرد الحاجة . (٣)

القول الثالث : يجوز اجراء الماء في أرض الغير في حال دون حال فيجوز للانسان أن يجرى ماءه في أرض غيره اذا كان محتاجا لذلك ولو لم يأذن له صاحب الارض . في حال ما اذا غلب على الناس الصلاح والتحرج عما لا يحل كما في زمن عمر .

---

(١) المنتقى للباجي جـ ٦ ص ٤٧ .

(٢) الفروع وتصحيح الفروع جـ ٤ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ ، المغني جـ ٤ ص ٥٤٨ . الانصاف : جـ ٥ ص ٢٤٩ ، المبدع جـ ٤ ص ٢٩٢ ، القواعد في الفقه الاسلامي ص ٢٠٣ .

(٣) المغني جـ ٤ ص ٥٤٨ .

ولا يجوز فى حال ما اذا كثر الفساد وضعفت الذمم وتســـوهل فى استحلال أموال الناس بالباطل . وهذا هو القول الثانى للامام مالـك رواه عنه اشهب (١) . فيرى مالك أن أهل زمنه ليسوا كأهل زمن عمــر ابن الخطاب رضى الله عنه من حيث الصلاح والورع فأهل زمن مالــك استحلوا ما لم يكن يستحله أهل زمن عمر . فحكم عمر مناسب لمثل زمنـــه الذى يغلب على أهله الدين والتحرج عما لا يحل . والأزمنة التى يغلـب على أهلها استحلال أموال الناس بغير حق يجب العمل فيها بمبدأ ســد الذرائع فيمنعوا من الاجراء بغير اذن صاحب الأرض .

وعلل لذلك بأنه قد يطول زمن اجراء الماء فينسى كيف جرى فيدعى صاحـب الماء الجارى ملكية رقبة المجرى كما أنه قد يدعى فى الأرض حقوقـــا أخرى . فيجب أن يمنع من الاجراء حفظا لحق صاحب الأرض .

وهذا كما فى القول المأثور: تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون مـن الفجور . (٢)

---

(١) أشهب : هو ابو عمر اشهب بن عبد العزيز بن داود القيسى العامـرى المصرى الشيخ الفقيه الثبت العالم الجامع بين الورع والصدق انتهت اليه رئاسة مصر بعد موت ابن القاســم . ولد سنة ١٤٠هـ خرج عنه اصحاب السفن . توفى بمصر سنة ٢٠٤هـ بعد وفـــاة الشافعى بثمانية عشر يوما .
شجرة النور الزكية ص ٥٩ .

(٢) المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤٦ ، شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٣٤-٣٥ .

القول الرابع : يجوز الاجراء فى حال دون حال أيضا . فيجوز فى حال ما اذا كانت الأرض التى يراد اجراء الماء فيها قد تأخر احياؤها عن احياء عين وأرض صاحب المجرى . ولا يجوز فى حال ما اذا تقدم احياؤها . قال أشهب : " ان كانت أرضك أحييت بعد احياء عينة وأرضه كان له الممر فى أرضك وان يجرى ماءه فيها الى أرضه بالقضاء . وان كانت أرضك قبل عينه وقبل أرضه فليس فى أرضك ممر الى عينه ولا لعينه ممر فى أرضك الى أرضه " وبهذا قال بعض المالكية[1] .

وقالوا فى الاستدلال لهذا القول :

ان محمد بن مسلمة يحتمل أنه انما صارت له أرضه باحيائه لها بعد أن أحيا الضحاك أرضه فحكم عمر للضحاك باجراء مائه فى أرض محمد بن مسلمة لتقدم الضحاك بالاحياء . (٢)

القول الخامس : المنع مطلقا . فلا يجوز لأحد أن يجرى ماءه فى أرض غيره بغير اذن مهما كانت الأحوال وهذا القول هو الأقيس والموافق للأصول وبهذا قال ابو حنيفه (٣) . وهو القول الثالث للامام مالك رواه عنه ابن القاسم

---

(١) المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤٦ ، شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٣٥
(٢) شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٣٥ .
(٣) صرح فى نسبة هذا القول لابى حنيفة الباجى فى المنتقى جـ ٦ ص ٤٦ وقد بحثت قدر جهدى عن هذه المسألة فى كتب الحنفية فلم أجدها بنصها ولكن ما ذكره الباجى هو مقتضى قول ابى حنيفة فى مثل هذه المسألة . انظر فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٣ - ٥٠٤ .

واختاره عيسى (١) بن دينار (٢) وهوالمذهب عند الشافعية (٣) والصحيح من مذهب الحنابلة (٤) . واستدلوا لذلك بالسنة والقياس .

أما السنة فاستدلوا بالاحاديث التالية :

١ - ما رواه أنس رضى الله عنه (أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه) . رواه أحمد والدارطنى الدارقطنى والبيهقى (٥) .

وجه الدلالة : أن النبى صلى الله عليه وسلم بين أن مال المسلم معصوم لا يحل لغيره أن يتصرف فيه ما لم تطب به نفس صاحبه . واجراء الماء فى أرض الغير بغير اذن لم تطب به نفس صاحب الارض فلا يجوز .

---

(١) المدونة جـ٤ ص ٥٣١ ، المنتقى جـ ٦ ص ٤٦ . شرح الزرقانى للموطأ جـ ٤ ص ٣٤ .

(٢) عيسى بن دينار : هو عيسى بن دينار بن وهب القرطبى يكنى ابا محمد رحل فسمع من ابن القاسم وعول عليه وصحبه وانصرف الى الاندلس وكانت الفتيا تدور عليه لا يتقدمه فى وقته احد فى قرطبة وكان ابن القاسم يجله ويصفه بالفقه والورع . توفى بطليطلة سنة ٢١٢ هـ .
ترتيب المدارك جـ ٣ ص ١٦ ، الديباج المذهب ص ١٧٨ ، شجرة النور الزكية ص ٦٤ .

(٣) فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢١ .

(٤) الفروع وتصحيحها جـ ٤ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٤٨ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٤٨ ، المبدع جـ ٤ ص ٢٩٢ ، القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢٠٣ .

(٥) منتقى الاخبار جـ ٥ ص ٣٥٥ مسند الامام احمد جـ ٥ ص ٧٢ ، سنن الداقطنى جـ٣
السنن الكبرى للبيهقى جـ ٦ ص ١٠٠ . سبق تخريجه ص (١٨٦)

٢ - ما رواه جابر بن عبد الله رضى الله عنهما (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع . فان دماءكم وأموالكم عليكم حرام . . . .) الحديث رواه احمد (١) والبخارى ومسلم (٢) .

وجه الدلالة : أن النبى صلى الله عليه وسلم بين أن مال المسلم حرام على غيره فلا يحل منه شيء الا باذنه . ومن مال المسلم أرضه فلا يحل لأحد أن يحدث فيها أى تصرف سواء أكان اجراء ماء أم غيره ما لم يأذن صاحبها بذلك .

٣ - مارواه عبد الله بن عمر رضى الله عنهما (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يحلبن أحد ما شية امرىء بغير اذنه أيحب أحدكم أن توءتى مشربته فتكسر خزانته فينتقل طعامه ؟ فانما تخزن لهم ضروع ما شيتهم أطعماتهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه) متفق عليه واللفظ للبخارى . (٣)

---

(١) ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) جـ ١٢ ص ٢١٠ .

(٢) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٣ ص ٥٧٣ - ٥٧٤ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٨ ص ١٨٢ .

(٣) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ٨٨ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٢ ص ٢٨ - ٢٩ .

وجه الدلالة : أن الرسول صلى الله عليه وسلم بين أنه لا يجوز لأحد أن يحلب ماشية أحد بدون اذن صاحبها مع أن اللبن يتجدد ويخلفه غيره فدل ذلك على أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير اذن وخص اللبن بالذكر لتساهل الناس فيه عادة فنبه به على ما هو أولى منه (١) . ومن ذلك اجراء الماء في أرض الغير بغير اذن فلا يجوز قال الباجي : " واللبن يتجدد ويخلفه غيره ، والأرض التي يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها " (٢) فكانت أولى بالمنع .

وأما القياس فقالوا :

١ ـ أن الداعي الى اجراء الماء مهما كان لا يصل الى الحال التي تبيح الانتفاع بمال الغير بغير اذنه . فكما أنه لا يباح لأحد الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه . فلا يجوز لأحد اجراء الماء في أرض الغير بغير اذنه (٣) لعدم الداعي لذلك .

---

(١) فتح الباري جـ ٥ ص ٨٩ .

(٢) المنتقى جـ ٦ ص ٤٦ ، شرح الزرقاني على الموطأ جـ ٤ ص ٣٤ .

(٣) المغني جـ ٤ ص ٥٤٨ .

٢ ـ قياس اجراء الماء فى أرض الغير بغير اذن على الحمل على بهيمة الغير فكما لا يجوز الحمل على بهيمة الغير بغير اذن لا يجوز اجراء الماء فى أرض الغير بغير اذن ، لأن كلا منهما حمل على ملك الغير بغير اذن (١)

-•-

مناقشة الادلة

ناقش المانعون من اجراء الماء فى أرض الغير بدون اذن مطلقا أى سواء كان المجرى محتاجا او مضطرا او احيا متقدما او متأخرا او كان الزمان صالحا اوفاسدا . ناقشوا الاستدلال بقضاء عمر على محمد بن مسلمة باجراء ماء الضحاك فى أرضه فقالوا :

---

(١) المجموع جـ ١٣ ص ٤٠٣ .

ان مافعله عمر بن الخطاب رضى الله عنه لايدل على ماذهب اليه القائلون بجواز اجراء الماء فى أرض الغير بغيراذن صاحبها لاحتمال ان يكون عمر لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة وانما أقسم عليه باجراء الماء فى ارضه لما أقسم محمد بالمنع تحكما على محمد فى الرجوع الى الأفضل وهو اسداء المعروف الى جاره . وليس هذا غريبا فقد يقسم الرجل على الرجل فى ماله تحكما عليه وثقة بأنه لايحنثه فيبر بقسمه ، وان كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه اكراما له وايجابا . لاسيما اذا دعاه الى أمر هو افضل مما ذهب اليه فى الدين والدنيا (١) .

قلت : وهذا احتمال بعيد لا يتناسب مع قسم عمر على محمد بن مسلمة باجراء الماء فى أرضه ولو على بطنه ، ولو أراد عمر مجرد تنبيه محمد بن مسلمة الى الأفضل لخاطبه بعبارة تنم عن هذا المعنى . ولكنه خاطبه بأسلوب كله حزم ينم عن اجباره على اجراء الماء فى أرضه شاء أم أبى .

---

(١) المنتقى جـ ٦ ص ٤٧ ، شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٣٥ .

٢ - نوقش القائلون بجواز الاجراء عند الحاجة فى استدلالهم بحكم عمر رضى الله عنه وأنه لم يخالفه أحد من الصحابة . فكان ذلك اجماعا منهم على هذا الحكم : بأن محمد بن مسلمه قد خالف عمر وهو من الصحابة . ولو كان يعتقد أن للضحاك حقا فى اجراء مائه لما أقسم على منعه عند ما طلب عمر منه ذلك . فدعوى اجماع الصحابة على قضاء عمر غير صحيحة . (١)

٣ - نوقش الاستدلال على جواز اجراء الماء فى أرض الغير عند الحاجة بحديث (لا ضرر ولا ضرار) بأنه حجة عليهم لا لهم . لأن اجراء الماء فى أرض الغير يعتبر ضررا عليها بدليل أنه ينقص من ثمنها عند البيع فيكون فى دفع ضرر صاحب الأرض المحتاجة الى الماء ضرر على الآخر .

قال الخشنى (٢) : " الضرر : الذى لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضره " (٣) وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الضرر.

---

(١) المنتقى جـ ٦ ص ٤٧ .

(٢) الخشنى : هو أبو محمد عبدالله بن محمد الخشنى الفقيه الامام العالم المفسر المحدث ولد سنة ٤٤٧ هـ رحل للشرق وأخذ عن أبى عبدالله الحسن الطبرى وغيره . توفى سنة ٥٢٦ هـ شجرة النور الزكية ص ١٣١ .

(٣) شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٣٢ .

٤ ـ أما أصحاب القول الثالث القائلين بجواز اجراء الماء في أرض الغير في حال صلاح الزمان دون حال فساده وان عمر انما حكم بهذا الحكم لصلاح أهل زمانه وأنه لا يجوز أن يحكم بحكمه هذا في حال فساد الزمان .

فأجيب عنه : بأن الشرع المطهر قد أوجد من أسباب التوثق والاحتياط ما لا يجعل مجالا للبس والاختلاف في أى زمان فأمر بالكتابة والاشهاد عند التعامل وبهذا يندفع أى احتمال للنزاع سواء صلح الزمان أو فسد .

٥ ـ واما قول أصحاب القول الرابع القائلين بجواز الاجراء في أرض الغير في حال ما اذا أحيا صاحب المجرى أرضه أو عينه قبل احياء الأرض التي يراد الاجراء فيها . وأن عمر أنما حكم للضحاك لتقدمه بالاحياء على محمد بن سلمه .

فأجيب عنه : بأن ذلك مجرد احتمال عقلي لا يسنده دليل ومثله لا يقبل في دفع دليل الغير . اذ لو كان شيء مما ذكروا لوجد ما يدل عليه من عبارة أو اشارة خاصة وأن المقام مقام خصومة وتبادل في الايمان بين عمر ومحمد بن مسلمه .

٦ - واما قياس المانعين من الاجراء فى أرض الغير مطلقا الاجراء على الزرع والبناء فى أرض الغير . فقياس مع الفارق .

وبيان ذلك : أن من يبنى أو يزرع فى أرض الغير يحول بين الأرض وصاحبها فيمنعه من الانتفاع بأرضه . وليس كذلك الاجراء للماء فيها فان المجرى لا يحول بين صاحب الأرض والانتفاع بأرضه بل انه يزيده نفعا فتشرب أرضه وأشجاره التى تكون على حافتى المجرى ، ولذا قال عمر رضى الله عنه : " لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضرك ".

ومن ناحية أخرى فان من أراد أن يبنى أو يزرع لا يكون مضطرا الى البناء والزرع فى هذه الأرض فبامكانه أن يبنى أو يزرع فى مكان آخر لا يكون ملكا لأحد . أما صاحب المجرى فهو مضطر الى الاجراء فى أرض الغير لعدم تمكنه من الاجراء فى غيرها . وعدم الاجراء يتسبب فى منع أرضه من الشرب فتتلف الأشجار والزروع وهذا لا يجوز .

٧ - وأما قياسهم الاجراء فى أرض الغير بغير اذن على الحمل على بهيمة الغير بغير اذن فى المنع من ذلك فقياس مع الفارق أيضا . ذلك أن الحمل على البهيمة يعرضها للانهاك والتعب وقد يؤدى بها الى الهلاك . وليس كذلك الاجراء فلا ضرر على الأرض من اجراء الماء فيها . بل فيه زيادة نفع . كما سبق ايضاحه فى الجواب على القياس السابق .

الراجح

الذى يظهر لى من خلال استعراض الأقوال وأدلتها أن الراجح هو القول بجواز اجراء الماء فى أرض الغير فى حال الضرورة الى ذلك وما عداها فلا . وبهذا يمكن التوفيق بين الأدلة الدالة على المنع من التصرف فى مال الغير والأدلة الدالة على اجراء الماء فى أرض الغير فيحمل حكم عمر على محمد بن مسلمة على أن حال الضحاك كانت حال ضرورة وأنه لا يمكنه الاجراء الا فى أرض محمد بن مسلمة وأن امتناع محمد بن مسلمه كان بحق ولذا أقسم على الامتناع ليقينه بأنه لا حق لأحد فى أرضه وانما أقسم عليه عمر وتوعده باجراء الماء ولو على بطنه لما ظهر لعمر من حال الضرورة التى تستدعى ذلك الاجراء . والضرورات تبيح المحظورات . والله أعلم .

المبحث الثالث

تحويل المجرى عن مكانه

اذا كان لعقار حق ارتفاق بمجرى في ارض مملوكة للغير فاراد صاحب العقار المرتفق تحويل المجرى عن مكانه الى مكان آخر من الارض التي يجرى فيها هو ارفق به فابى صاحب الارض المرتفق بها فما الحكم ؟

لا يخلو الأمر من ان يترتب على هذا التحويل ضرر بصاحب الارض المرتفق بها أو لا .

ففي الحال الاولى :- وهي ما اذا كان يترتب على تغيير مكان المجرى ضرر بصاحب الارض المرتفق بها لا يجوز تحويله . لأن مصلحة صاحب المجرى تنحصر في سرعة وصول الماء اليه واختصار المسافة له ونحو ذلك . بينما الضرر بصاحب الارض قد يكون اكثر كأن يكون له على المجرى اشجار فاذا تحول الماء الى ناحية أخرى هلكت الاشجار .

وقد يكون في تحويل المجرى شغل مكان يحتاجه لزرع أو غيره ففي هذه الحال لا يجوز تغييره عن مكانه . وقد ذكر بعض الحنفية ان من كان له قناة خالصة له وعليها اشجار لقوم فأراد تحويلها الى مكان آخر ان لهم منعه من ذلك . ولو اراد بيعها فلهم حق شفعة جوار فيها . (١)

---

(١) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ١٠٦ ، ج ٥ ص ٤٠٦ .

وما ذاك الا لتضررهم من تحويل الماء عنهم . فاذا كان لهم الحق فى منعه فى مثل هذه الصورة وهم لا يملكون المجرى ولا الارض التى سيشغلها فان من يملك الأرض والمجرى حقه فى المنع من تحويل المجرى آكد واولى .

وفى الحالة الثانية : وهى ما اذا لم يترتب على تغيير موضع المجرى ضرر بصاحب الارض وكان التغيير الى موضع آخر فيه مصلحة لصاحب المجرى فهل يجوز تغييره بدون اذن صاحب الأرض اولا ؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين

القول الاول : انه لا يجوز تغيير مكان المجرى الا باذن صاحب الارض فما لم يأذن لا يحق لأحد ان يحدث فى ارضه شيئا وبهذا قال جمهور العلماء (١)

قال فى المدونه : " ولقد سئل مالك عن الرجل يكون له مجرى ماء فى ارض رجل فاراد ان يحوله فى ارض ذلك الرجل الى موضع هو أقرب من ذلك

---

(١) المدونه جـ ٥ صـ ١٩٣ ، المنتقى للباجى جـ ٦ صـ ٤٧ ، شرح الزرقانى على الموطا جـ ٤ صـ ٣٥ ، بدائع الصنائع جـ ٦ صـ ٢٦٤ - ٢٦٥

وذكر الزرقانى ان هذا هو قول ابى حنيفة وجديد قولى الشافعى ولم اجد هذا القول بنص بعد بذل الجهد فيما اطلعت عليه من كتب المذهب عندهم .

المجرى الى ارضه . قال مالك : ليس ذلك له وليس له ان يحوله عن موضعه"[١]

واستدلوا لذلك بعموم الادلة الدالة على منع الانسان من التصرف فى مال غيره الا بإذنه وقد سبق بيانها[٢] .

القول الثانى : انه يجوز تغيير مكان المجرى الى مكان آخر ولو بغير اذن صاحب الارض ما دام لا يترتب على هذا التغيير ضرر وفيه مصلحه لصاحب المجرى وبهذا قال مالك فى رواية زياد بن عبد الرحمن[٣] ومال اليه بعض المالكيه[٤] وهو قديم قولى الشافعى[٥] .

واستدلوا لذلك : بما روى مالك[٦] عن عمرو بن يحى المازنى عن ابيه (انه قال : كان فى حائط جده[٧] ربيع[٨] لعبد الرحمن بن عوف .

---

(١) المدونه حـ ١٥ ص ١٩٢ - ١٩٣ .
(٢) انظر ما سبق قريبا فى الاستدلال للقول الخامس من الاقوال فى حكم اجراء الماء فى ارض الغير ص (٢٦٤)
(٣) زياد بن عبد الرحمن : هو ابو عبد الله زياد بن عبد الرحمن القرطبى الملقب بشبطون سمع من مالك الموطأ وزياد هو اول من ادخل الاندلس موطأ مالك . كان اهل المدينه يسمونه فقيه الاندلس توفى سنه ١٩٣ هـ الديباج المذهب ص ١١٨
(٤) المنتقى شرح الموطا حـ ٦ ص ٤٧ ، شرح الزرقانى للموطأ حـ ٤ ص ٣٥ .
(٥) لم اعثر على هذا القول للشافعى بعد بذل الجهد فيما اطلعت عليه من كتب الشافعية وقد نسب القول فيها للشافعى الزرقانى فى شرحه على الموطأ حـ ٤ ص ٣٥
(٦) الموطأ بشرحه المنتقى حـ ٦ ص ٤٧ .
(٧) هو ابو حسن تميم بن عبيد عمرو الانصارى صحابى الاصابه حـ ١ ص ١٨٥
(٨) ربيع : اى نهر صغير لسان العرب حـ ٨ ص ١٠٤ .

فاراد عبد الرحمن بن عوف ان يحوله الى ناحية من الحائط هى أقرب الــى ارضه فمنعه صاحب الحائط . فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب فــى ذلك . فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله .)

وجه الاستدلال : أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه بتحويل مجرى مائه من موضع الى موضع آخر فى الحائـط لأن فى هذا التحويل مصلحه لعبد الرحمن فى قرب مسافة المجرى . ولا ضرر فيه على صاحب الحائط فدل ذلك على جواز هذا النوع من التحويل للمجرى .

وقد روى اصبغ (١) عن ابن القاسم فى التفريق بين حكمى عمر فــى خليج الضحال وربيع عبد الرحمن بن عوف فقال : "لا يؤخذ بقضاء عمر علــى محمد فى الخليج . واما تحويل الربيع فيؤخذ به . لان مجراه ثابت لابــن عوف فى الحائط وانما حوله لناحية اخرى أقرب اليه وارفق لصاحب الحائط) (٢)

---

(١) اصبغ : هو اصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع مولى عبد العزيــز بن مروان يكنى ابا عبد الله ولد بعد ١٥٠ ورحل الى المدينه ليسمع مــن مالك فدخلها يوم مات فاخذ من ابن القاسم وابن وهب واشهب . وهو أجــل اصحاب ابن وهب . وقال عنه ابن معين كان اصبغ من اعلم خلق الله يــرى مالك . كان يستفتى مع شيوخه له مؤلفات حسان توفى بمصر ٢٢٥ هـ الديباج المذهب صـ ٩٧ شجرة النور الزكيه صـ ٦٦

(٢) شرح الزرقانى على الموطأ حـ ٤ صـ ٣٥

الراجح : الذى يظهر لى ان الراجح ما ذهب اليه اصحاب القول الاول من منع تغيير موضع المجرى ما لم يأذن صاحب الارض ولو كان هذا التغيير غير مضر لما ذكر من الأدلة الدالة على المنع من التصرف فى مال الغير بغير أذن

ويجاب عن استدلال اصحاب القول الثانى بقضاء عمر رضى الله عنه . بأنه قول صحابى عارضه قول صحابى آخر هو المازنى - صاحب الحائط - والقاعدة الأصولية تقول انه اذا اختلف الصحابة على قولين لم يجز للمجتهد الأخذ بأحد القولين من غير دليل . والدليل فى مسألتنا يعضد قول المخالف لعمر فان الادلة الداله على المنع من التصرف فى مال الغير بغير اذن تؤيد قول المازنى فيكون هو الراجح، وما حكم به عمر قولاً مرجوح . هذا ما ظهر لى والله أعلم .

الفصل الثاني

في نفقات صيانة المجرى

المراد بصيانة المجرى : القيام بما يصلحه لحفظ مياهه كازالة العوائق من طين ونحوه وبناء ما انخرم من شواطئه ونحو ذلك وسنبين فيما يلي احكام صيانة المجرى سواء اكان عاما كالانهار الكبيرة.

والقنوات العامه ام خاصا بفرد او جماعة كالانهار والقنوات المشتركة بين جماعة معينين .

وسنتناول تفصيل ذلك في مبحثين .

المبحث الاول : نفقات صيانة المجرى العام

المبحث الثاني : نفقات صيانة المجرى الخاص

المبحث الأول

نفقات صيانة المجرى العام

المجرى العام يشمل الأنهار الكبيرة والقنوات العامة وهذه الاشياء منفعتها للعامة بالشرب منها واجراء السفن فيها فعلى من تكون صيانتها ؟.

لما كانت الولاية فى الاسلام شأنها القيام بمصالح العباد ورعاية شئونهم ومن مصالح العباد ما يحتاج الى الانفاق عليه . انشىء لذلك بيت المال . واسندت مسئولية القيام عليه الى من بيده ولاية أمر المسلمين .

ومن مصالح العباد التى تحتاج الى الانفاق عليها المجارى العامة من أنهار وقنوات فينفق على اصلاحها والعناية بها من بيت مال المسلمين (١)

قال الكاسانى : " ولو احتاجت هذه الانهار - اى الانهار العامة الى الكرى فعلى السلطان كراها من بيت المال لأن منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال ... وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها (٢) من

---

(١) الهداية حـ ٨ ص ١٤٦ ، الفتاوى الخانية حـ ٣ ص ٢١٦ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١٢٢ بدائع الصنائع حـ ٦ ص ١٩٢ ، الخراج لابى يوسف ص ١٠٥ - ١٠٦ رد المحتار حـ ٥ ص ٢٨٤ ، روضة الطالبين حـ ٥ ص ٣٠٦ مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٣٧٤ .

(٢) المسناة : ضفيرة تبنى للسيل لترد الماء سميت مسناة لأن فيها مفاتح للماء بقدر ما يحتاج اليه لسان العرب مادة سنا حـ ١٤ ص ٤٠٦

بيت المال لما قلنا (١)

والدليل على ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها (ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان) رواه الخمسة (٢) .

وجه الدلالة : ان منفعة الانهار الكبيرة والقنوات العامة عامة لجميع المسلمين فتكون نفقة صيانتها عليهم جميعا ولما كانت اموال بيت المال (٣) ملكا لجميع المسلمين تعينت مصرفا لما فيه مصلحتهم العامة .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ صـ ١٩٢ ، الاحكام السلطانيه لابى يعلى طـ ٢٥ الاحكام السلطانية للماوردى صـ ٢١٣

(٢) سنن ابى داود جـ ٣ صـ ٣٨٥ رقم الحديث (٣٥٠٨) سنن النسائى جـ ٧ صـ ٢٢٣ جامع الترمذى جـ ٣ صـ ٢٦٠ سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٥٤ الحديث رقم (٢٢٤٣) مسند الامام احمد جـ ٦ صـ ٤٩ ، وقال الترمذى حديث حسن .

(٣) ليس كل الاموال الموجوده فى بيت المال صالحه للانفاق منها على مثل هذه المصالح فهناك اموال لا تصلح لذلك كمال العشر والصدقات لاختصاص الأموال العشرية بالنوائب واختصاص الصدقات بمصارف الزكاه . الهدايه جـ ٨ صـ ١٤٦ انظر تفصيل ذلك فى الاحكام السلطانيه لابى يعلى صـ ٢٥١ وما بعدها الاحكام السلطانيه للماوردى صـ ٢١٣ وما بعدها

وفي وقتنا الحاضر اسند القيام بصيانة الانهار والمجاري الى جهات مختصه في الدوله وغالب من يتولى ذلك في اكثر البلدان وزارة الزراعه والمياه .

وما ذكرناه ظاهر في حال ما اذا كان المال الصالح للصرف منه على مثل هذه الامور متوفرا في بيت المال . فان لم يكن في بيت المال ما يكفي لمثل تلك الامور فما الحكم ؟

في هذه الحال يكون من مسئولية ولي الأمر تكليف المنتفعين بهذه الأنهار والمجاري بالقيام بما يلزم نحو صيانتها بأنفسهم ومن يمتنع منهم عن ذلك فللولي اجباره مراعاة للمصلحة العامه .

وطريقة قيامهم بهذا الشأن تختلف باختلاف حالهم فمنهم من يباشر العمل بنفسه ومنهم من يكون غنيا فيؤخذ منه مبلغ من المال معادل للجهد المطلوب منه ويدفع لآخر يقوم بالعمل كما ان بعض الاعمال تحتاج الى أهل الاختصاص والخبرة فيأخذون من هذا المال حسب ما تحتاجه تلك الاعمال

ولا يجوز للامام أن يتهاون في اجبار من يتراخى عن القيام بصيانة نحو هذه الأنهار والمجاري لما يترتب على اهمالها مده من الزمن من اضرار عظيمة كأن تهلك المزارع ويقل الطعام في الأسواق وترتفع الاسعار ويعم الجوع وفي هذا المعنى يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما اجبر الناس على مثل هذا " لو تركتم لبعتم اولادكم "(١) فلا يجوز للامام ان يترك

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية جـ ٤ صـ ٢٩٤ : هذا الاثر غريب.

الناس يتراخون عما فيه مصلحة عامة لهم . وعادة سواد الناس ان لا يتفقوا على القيام بمثل هذه الامور باختيارهم فلا بد من جبرهم على ذلك . وهذا من الأسباب الأصلية لشرعية الولاية . (١)

ومما قاله المرغيناني (٢) في هذا الموضوع " فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة أذ هم لا يقيمونها بانفسهم ... الا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم "

---

(١) الهداية حـ ٨ صـ ١٤٦ ، الفتاوى الخانيه حـ ٣ صـ ٢١٦ ، الفتاوى البزازية حـ ٣ صـ ١٢٢ رد المحتار حـ ٥ صـ ٢٨٤

(٢) الهداية حـ ٨ صـ ١٤٦ .

المبحث الثاني

نفقات صيانة المجرى الخاص

تقدم الكلام عن صيانة المجارى العامة وأنه على بيت المال لأن الانتفاع بها عام ولما كان الانتفاع بهذا النوع من المجارى خاصا بفرد أو جماعة تعين عليهم وحدهم القيام بصيانته دون سواهم وهذا هو ما يتمشى مع القاعدة الشرعية " الغرم بالغنم "(١) . فالفرد أو الجماعة الشركاء فى مثل هذه الأنهار والقنوات هم المنتفعون بها لهم غنمها فتعين عليهم غرمها وهو صيانتها . فتكون تكاليف ذلك عليهم حسب حصصهم فى الملكية (٢) .

وهذا الأمر ظاهر فى حال ما اذا كان المجرى مشتركا وقام الشركاء بهذه الأعمال جميعا برضاهم . لكن لو حصل بينهم خلاف وأراد بعضهم التخلى عن أداء ما يخصه فهل يجبره الحاكم أولا ؟

للعلماء فى ذلك تفصيل :

وهو أن ما تحتاجه هذه المجارى أما أن يكون دفعا لضرر عام ينال جميع أهله لو ترك وأما أن يكون دفعا لضرر يلحق بالبعض .

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ص ٢٦ مادة رقم (٨٧) .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٥٩٠ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٨ .

فان كان الضرر عاما أجبر الممتنع عن المشاركة بما يخصه من تكاليف لدفع هذا الضرر. لأن الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على المشاركة من باب دفع الضرر عن الجماعة ومن صور ذلك : ما لو كان هناك نهر مشترك بين جماعة يأخذ الماء من نهر كبير فخافوا أن ينبثق فم النهر الصغير ويغرق المزارع فأرادوا أن يحصّنوه لزم الجميع المشاركة فى ذلك بالحصص ومن امتنع منهم أجبره الحاكم .[1]

وان كان الضرر خاصا بالبعض فلا يجبر الجميع وذلك كما لو أراد بعض الشركاء كرى النهر لأجل زيادة الانتفاع بالماء فامتنع البعض الآخر لم يجبر الممتنع عن ذلك لأن الغرض من الكرى هو زيادة الانتفاع ولا يجبر أحد لا يريد أن يزيد نفعه . ولكن هذا الممتنع لا يكون له حق فى هذه الزيادة . قال بهذا التفصيل الحنفية[2] والمالكية[3] . قال فى المدونة " قلت : أرأيت ان كانت قناة بيننا ونحن اشراك فاحتاجت القناة الى الكنس[4] فقال بعضنا نكنس وقال بعضنا لا نكنس وفى ترك الكنس ضرر لانتقاص الماء ما حالهم ؟ قال : ... كان لمن أرادوا الكنس أن يكنسوا ويكون لهم فضل الماء الذى زاد بالكنس

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩١ ، الخراج لأبى يوسف ص ١٠٣ ، وانظر المدونة جـ ١٥ ص ١٩٣ .

(٢) الخراج لأبى يوسف ص ١٠٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩١ .

(٣) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٣ .

(٤) الكنس : أى التنظيف .

دون الذين لم يكنسوا . وذلك أني سمعت مالكا سئل عن قوم بينهم ماء فقل ماؤهم فكان لأحدهم نخل يسير فقال الذى له هذه النخل اليسيرة فى مائى ما يكفينى ولا أعمل معكم . قال مالك : يقال للآخرين : اعطوا فما جاء من فضل ماء عن قدر ما كان له كان لكم ان تمنعوه الا أن يعطيكم حصته من النفقة ويكون له من فضل الماء على قدر حصته"[1]

ولم أقف للشافعية والحنابلة على ما يفيد التفريق بين نوعى الضرر ولهما قولان فى اجبار الممتنع من الشركاء عن المشاركة فى صيانة النهر أو القناة أو الدولاب أو الناعورة أو العين . أحدهما : يجبر وهو قديم قول الشافعى[2] واحدى الروايتين عن الامام أحمد[3] .

والآخر : لا يجبر وهو مذهب الشافعى فى الجديد .[4]

والرواية الأخرى عند الحنابلة .[5]

---

(١) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٣ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩٠ .

(٣) المغنى جـ ٤ ص ٥٦٩ ، الكافى جـ ٢ ص ٢١٧ .

(٤) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩٠ .

(٥) المغنى جـ ٤ ص ٥٦٩ ، الكافى جـ ٢ ص ٢١٧ .

الراجـح :

الذى يظهر لى أن ما ذهب اليه القائلون بالتفريق بين نوعى الضرر والزام الممتنع فى حال ما اذا كان الضرر عاما وعدم الزامه فى حال ما اذا كان الضرر خاصا . هو الراجح وذلك لما يترتب على عدم اجبار الممتنع فى حال الضرر العام من أضرار تتعدى الممتنع الى الجميع ذلك أن التهاون فى مثل هذه الأمور يؤدى الى أن تهمل المجارى والأنهار وهذا بالتالى ينتج عنه خسارة كبيرة فى المحاصيل واضرار بحق الشفة وهو حق عام . فينال الضرر أمة من الناس غير قليلة فتجب الحيلولة دون وقوعه وان وقع وجب دفعه دون تراخ .

وأما اذا كان الضرر خاصا فان ضرره محدود ولا يترتب عليه تفويت مصالح عامة فيحتمله من وقع عليه فانه لو شاء لدفعه من دون جبر على ذلك فاذا لم يدفعه حل به ما يترتب على صنيعه من ضرر لا يتعداه الى غيره . والله أعلم .

واذا عرفنا هذا فكيف توزع نفقات صيانة هذه المجارى ؟

هذا ما سنجيب عليه فيما يلى :

كيفية توزيع نفقات صيانة الانهار والقنوات الخاصة على الشركاء ؟

بعد أن عرفنا أن صيانة هذه الانهار ونحوها تقع على المشتركين فيها نتعرف فيما يلى على كيفية توزيع تكاليف ذلك فنقول :

ان نفقات صيانة المجرى من نهر أو قناة ونحوهما تقع على جميع المشتركين فيه من أعلاه الى أن يصل الى أرض الاول منهم ولا خلاف فى هذا بين أهل العلم .

فاذا جاوز أرض الاول فهل يشارك الاول من بعده فى صيانة ما تجاوز أرضه ؟ اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

القول الاول : أنه لا يشارك من بعده فى نفقات صيانة ما تجاوز أرضه وان من بقى يشتركون فى نفقات صيانة ما تبقى الى أن يجاوز أرض الثانى فيسقط عنه ما بعد أرضه ثم الثالث والرابع هكذا يشارك كل منهم الجميع فيما لم يتجاوز أرضه لا ما بعدها .

وبهذا قال أبو حنيفه (١) والمالكية (٢) والحنابلة (٣) وهو أحد الوجهين عند الشافعية (٤) .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٢ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٤ .
الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١٧ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٧ ، الخراج لابى يوسف ص ١٠٢ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٧٣ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٤٧ .

(٣) المغنى جـ ٥ ص ٥٩٠ .

(٤) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٨ ، الفتاوى الكبرى الفقهية جـ ٣ ص ١٨٤ .
أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٥٥ .

وعللوا ذلك : بأن كل شريك فى المجرى انما ينتفع بالموضع الذى يجرى فيه ماؤه وهو ما كان دون أرضه وأما ما تجاوز ذلك فيختص بالانتفاع به من يليه من باقى الشركاء وما دام لا شراكة له فى نفعه فلا يشارك فى مؤنته .[1] (لأن الغرم بالغنم) [2]

وبناء على هذا فلو كان النهر أو القناة لعشرة فانهم يشتركون جميعا فى تكاليف الصيانة الى أن يجاوزوا أرض الأول فاذا جاوزوا أرضه كانت تكاليف ما تبقى على التسعة وليس على الأول شىء من ذلك لعدم منفعته بما بعد أرضه الى أن يجاوزوا أرض الثانى فاذا جاوزوها كانت تكاليف المتبقى على الثمانية وليس على الثانى شىء من نفقات ما بعد أرضه وهكذا الى أن يصلوا الى أرض العاشر فيكون عليه وحده . فالعاشر أكثر الشركاء تكلفة لمشاركته من أول النهر الى آخره . بل وانفراده بالتكلفة فيما تجاوز أرض التاسع . وأقلهم تكلفة هو الأول لأنه لا يشارك الا فى أول النهر الى أن يصل الى أرضه .

القول الثانى : ان جميع الشركاء فى المجرى من نهر ونحوه يتساوون فى نفقات الصيانة لا فرق بين من أرضه فى أعلى النهر ومن أرضه فى أسفله فالكل يتحمل نفقة الصيانة من اعلى النهر الى أسفله قبل أرضه أو بعدها فيشترك الجميع فى جميع النفقات وتوزع بينهم بالحصص .

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٩٠ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٤٧ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية مادة رقم (٨٧) ص ٢٦ .

وبهذا قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية (١) وهو الوجه الآخر عند الشافعية.(٢)

وعلل الحنفية لهذا القول : بأن الأول وان كان لا حاجة له فيما جاوز أرضه لأخذ الشرب الا أن له حقا فيما بعد أرضه هو حق تسييل ما فضل من مياهه فكان لا بد من مشاركته لمن بعده في نفقات الاصلاح والصيانة لعدم انقطاع حقه حينئذ .(٣)

وعلل الشافعية لهذا القول : بأن المجرى المشترك لهم جميعا رقبته . والانتفاع به لجميعهم فيجب أن يشترك الجميع في عمارة جميع المجرى كسائر الأملاك المشتركة . (٤)

وبناء على هذا القول فلو كان المجرى لعشرة كانت نفقات صيانته بينهم بالحصص من أوله الى آخره حسب حصة كل واحد منهم فيه من غير نظر لمتقدم في أعلاه أو متأخر في أسفله.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٢ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٤ . الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١٧ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٧ ، الخراج لأبي يوسف ص ١٠٢ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٨ ، الفتاوى الكبرى الفقهية جـ ٣ ص ١٨٤ .

(٣) الهداية جـ ٨ ص ١٤٧ .

(٤) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٨ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٥٥ ، الفتاوى الكبرى الفقهية جـ ٣ ص ١٨٤ .

الراجـــح :

الذى يظهر لى أن الراجح هو ما ذهب اليه أصحاب القـــول الأول من أن الشـريك لا يلزمه من نفقات الصيانة الا ما كان من أعلـــى النهر الى أن يصل الى أرضه وما جاوز أرضه لا شئ عليه فيه فـــان هذا هو الموافق لقواعد الشرع " الغرم بالغنم " فانه لا غنم له الا بمـــا يجرى فيه ماؤه وهو ما كان من أعلى النهر الى أن يصل الى أرضـــه . فعليه غرمه . وأما ما بعد أرضه فلا غنم له فيه فلا غرم اذا .

وقول بعض الحنفية أنه يحتاج الى ما بعده من أجل تصريـــف مياهه :

يجاب عنه بأنه والحالة هذه يكون هناك اشتراك من ناحيـــة أخرى فى المجرى وهى الاشتراك فى الصرف والتسييل فتلزم حينئـــذ المشاركة فى النفقة لأجل الاشتراك فى التصريف والتسييل . لا مجرد الاشتراك فى المجرى . فصارت المشاركة حينئذ من ناحيتين أحداهمـــا مشاركة فى جلب الماء والثانية فى تصريفه وما بعد أرضه يشارك فى نفقـــة صيانته لانتفاعه به فى صرف مياهه . وعلى هذا فلو كان له مصرف آخـــر ولا يصرف شيئا من مياهه فى النهر المشترك لا تلزمه المشاركة فى نفقـــة صيانة ما بعد أرضه هذا ما ظهر لى . والله أعلم .

اذا تبين هذا فهل يلزم أهل الشفة شئ من صيانة هذه المجارى هذا ما سنبينه فيما يلى :

هل يلزم أهل الشفة شيء من صيانة المجاري الخاصة ؟

لما كان أهل الشفة ينتفعون بمياه الأنهار والقنوات الخاصة بالشرب وسقي الدواب وغسل الثياب ونحو ذلك فهل يلزمهم الغرم بالمشاركة في نفقات صيانة هذه المياه مقابل هذا الغنم ؟

أجاب عن هذا السؤال علماء الحنفية فقالوا :

انه لا يلزمهم شيء من ذلك لأسباب ثلاثة :

الأول : أن أهل الشفة لا شركة لهم في ملكية الأنهار والقنوات وانما لهم حق الشرب وسقي البهائم ونحو ذلك . "والمؤنة تلحق المالك لا من له الحق بطريق الاباحة "(١)

الثاني : أن أصحاب الشفة عدد كثير من الناس لا يمكن حصرهم فكل من يأتي هذا الماء يثبت له فيه حق الشفة فيشرب بنفسه ويسقي ماشيته ويحمل منه ما يحتاجه لاستعماله . لا فرق في ذلك بين من كان مقيما عنده أو مارا به في سفره . فمن حالهم هذه مجهولون لا يمكن حصرهم لأخذ النفقة منهم لصيانة الأنهار والقنى فلا شيء عليهم .

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٤ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ١٢٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٢ .

قال ابن عابدين (١) " ولأنهم لا يحصون لأنهم أهل الدنيا جميعا " فتقتصر النفقة على من يمكن حصرهم وعدهم وهم الذين يرتبون على هذه الأنهار والقنوات شربا لأراضيهم. (٢)

الثالث : أن هذه الأنهار والقنى انما حفرت وأجريت لسقى الزروع والأشجار وجاء حق الشفة تبعا لذلك لا قصدا فتقتصر نفقات الصيانة على أصحاب الزروع والأشجار دون أصحاب الشفة . (٣) .

وعلى هذا فلو كان بعض أهل الشفة لهم شركة فى هذه الأنهار والقنى كأن يكون لهم حق معلوم منها يمر بدورهم ويباع هذا الحق مع الدار ويشترى فهو حينئذ حق شرب مملوك تابع للعقار وهى الدار فيلزمهم والحالة هذه قسط من نفقة الصيانة . (٤) . قال ابن عابدين " أنهار دمشق التى تسقى أراضيها وأكثر دورها جرت العادة من قديم أن أهل الأراضى يكرونها وحدهم دون أهل الدور مع أن لكل دار حقا معلوما منها يباع ويشرى تبعا فهو حق شرب مملوك لهم لا حق شفة بطريق الاباحة ومقتضى ذلك أنه يلزمهم مشاركة أهل الأراضى فى كريها " (٥)

قلت : فهؤلاء يمكن حصرهم أيضا . وشربهم جاء قصدا لا تبعا وهم شركاء فى الملك.

---

(١) رد المحتار جـ ٢ ص ٢٨٤ .

(٢) رد المحتار جـ ٢ ص ٢٨٤ ، الهداية جـ ٨ ص ١٤٧ ، شرح العناية جـ ٨ ص ١٤٧ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢١٧ .

(٣) الهداية جـ ٨ ص ١٤٧ .

(٤) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٤ - ٢٨٥ .

(٥) المرجع السابق .

الفصل الثالث

فى التنازع على المجرى

اذا كان لانسان ارضى ولآخر فيها مجرى فأختلفا فأراد صاحب الارض ان يمنع استمرار المجرى فى ارضه ولم يقبل الآخر ذلك فما الحكم ؟

لا يخلو الأمر من أحد حالين

الأولى : أن يكون الماء جاريا وقت الخصومة أو يعلم جريه قبلها .

الثانية : ان لا يكون جاريا ولا يعلم جريه

ففي الحال الاولى : يكون الحق لصاحب المجرى لأنه حينئذ المدعى عليه وهو صاحب اليد على المجرى فيمكن من استمرار الانتفاع به لأن موضع المجرى من الأرض فى يده وهو مستعمل له باجراء مائة فيه وعند الاختلاف فى هذه الحال يكون القول قول صاحب اليد (١) وعلى صاحب الارض ان يقيم البينة على ان جريان الماء كان بغير حق لأنه مدعى فان جاء بما يثبت دعواه والا فلا حق له فى هذا المنع .

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ صـ ٤١٢
الانصاف جـ ٥ صـ ٢٦٥ ، المغنى جـ ٤ صـ ٥٥٩

وفى الحال الثانية : وهى ما اذا لم يكن جاريا وقت الخصومه ولم يعلم بجريه قبل ذلك . يكون على صاحب المجرى أقامة البينه على ان هذا المجرى ملك له او له حق اجراء الماء فيه الى ارضه لانه حينئذ يعتبر مدعيا اذ لا يد له على المجرى وانما اليد لصاحب الأرض والبنيه على المدعى فاذا أتى ببينة تثبت مدعاه قضى له بذلك والا فلا حق له (١).

فاذا شهد شاهدان ان الماء كان جاريا فى ارض هذا امس فأبو يوسف يجيز هذه الشهاده وابو حنيفة ومحمد لا يجيزانها ما لم يشهدا له بالملك للمجرى او الحق فى الاجراء بهذه الأرض .

وما ذهبا اليه أرجح . لأن الشهادة بجرى الماء ما هى الا مجرد امارة ولا تدل على الملك او الحق ولو شهدوا على اقرار المدعى عليه فذلك جائز فى قولهم جميعا (٢).

ولا تتوقف صحة الشهادة على بيان الشاهدين صفة المجرى ولو بينوا كان أحسن(٣). فاذا شهدوا قضى به على مالك الارض فيكون للمدعى رقبة المجرى او حق الاجراء على حسب الدعوى والشهادة . فان لم يقم المدعى البينه فلا شىء له . ولا يكفى لاثبات المدعى به الاستدلال بمجرد وجود آثار فى الأرض تدل على مرور الماء ككون النهر محفورا الى ارض المدعى لان

---

(١) الهداية وشرحها تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١٤٧ - ١٤٨ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤١ ، للفتاوى الهنديه جـ ٤ ص ١٠٥ ، الفتاوى الخانيه جـ ٣ ص ٢٠٦ مجمع الانهر جـ ٢ ص ٥٦٥ ، الخراج لابى يوسف ص ١٠٨ ، الدر المختار وحاشيه لابن عابدين جـ ٥ ص ٢٨٥ .

(٢) الفتاوى الهنديه جـ ٤ ص ١٠٥ ، المبسوط جـ ٢٣ ص ٢٠٤

(٣) المبسوط جـ ٢٣ ص ٢٠٤

ذلك مجرد شبهه (١)

حكم التنازع على شاطئ النهر

اذا كان النهر يجرى نحو ارضى انسان فان كان ملكا لصاحب الارض فلا خلاف فى أن شاطئ النهر ملك له ايضا . وان كان النهر ملكا لغير صاحب الارض وحدث خلاف بينهما فى شاطئه فما الحكم ؟

لا يخلو الامر من أحد حالين

الحاله الاولى : ان لا يكون ملاصقا للارض وانما بين النهر والارض التى يجرى بجوارها حائل من حائط ونحوه فلا خلاف فى هذه الحال فى أن شاطئ النهر يكون لصاحبه وليس لصاحب الارض شئ فيها .

الحال الثانيه : ان يكون النهر ملاصقا للارض ففى هذه الحال اختلف العلماء على قولين .

القول الاول : ان الشاطئ ملك لصاحب الأرض له ان يغرس فيه اشجارا ويلقى فيه طينه الا أنه لا يجوز له هدمه او العبث فيه . وهذا قول ابى حنيفة .

القول الثانى : ان الشاطئ ملك لصاحب النهر حريما لنهره له ان يغرس فيه ويلقى طينه ويجتاز فيه لاصلاح نهره ونحو ذلك . وبهذا قال ابو يوسف ومحمد .

---

(١) الفتاوى الخانيه حـ ٣ صـ ٢٠٦

وبعض علماء الحنيفيه بنوا هذا الخلاف على الاختلاف فى كون النهر له حريم اولا اذا حفر فى ارض موات باذن الامام فابو حنيفة يرى ان لا حريم للنهر وعند الصاحبين له حريم . ووجه هذا البناء : أنه لما لم يكن للنهر حريم عند ابى حنيفة كان الظاهر شاهد لصاحب الأرض فكان القول قوله فى دعواه ان الشاطئ له لعدم وجود ما يسوغ دعوى صاحب النهر ولما كان له حريم عند ابى يوسف ومحمد كان الظاهر شاهد لصاحب النهر فيكون القول قوله فى دعوى الشاطئ لأن كل نهر لا بد له من حريم فدعوى خلاف ذلك لا بد لها من بينة تنفى الاصل وتثبت خلافه (١)

وبعض الحنفية نفوا هذا البناء واعتبروا هذه مسألة خلافيه مبتدأه (٢)

الراجح : الذى يظهر لى ان الراجح هو ما ذهب اليه الصاحبان من ان الشواطئ فى تلك الحال تكون ملكا لصاحب النهر لان واقع الحال يشهد لذلك اذ النهر ليس قاصرا على مجرى الماء دون شواطئ تحفظ هذا الماء وتساعد على جريه لان الشواطئ هى التى تحجز المياه وحينئذ فهى جزء من النهر فاذا ثبتت ملكيته لأحد شمل جميع اجزائه مجرى وشواطئ والله أعلم .

---

(١) سبق ان بينا الخلاف فى حريم النهر وان الصحيح هو ان ابا حنيفة يرى ان للنهر حريما انظر ص(٤٠) حريم النهر

(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩١ ، الفتاوى الهنديه جـ ٥ ص ٤٠٢- ٤٠٣ الهداية وشرحها العناية جـ ٨ ص ١٤٢ ، حاشية ابن عابدين جـ ص

الباب الثالث

في أحكام حق المسيل

((الباب الثالث))

في

أحكام حق المسيل

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الاول : في التصرف في المسيل .

الفصل الثاني : في صيانة المسيل .

الفصل الثالث : في التنازع على المسيل .

—•—

الفصل الأول

فى التصرف فى المسيل

سبق ان عرفنا ان المسيل هو ما يستعمل للتخلص من المياه غير المرغوب فيها سواء أكانت مياه امطار زائدة عن الحاجة أم كانت مياها مستعمله كما سبق واشرنا الى ان المسيل أربعة أنواع هى :-

المسيل العام والمسيل الخاص بفرد فى ارض الغير والمسيل لا يملك رقبه المسيل . والمسيل الخاص بفرد ورقبته للمسيل ، والمسيل المشترك بين جماعة وسنبين فيما يلى احكام كل نوع فنقول .

النوع الاول : المسيل العام

يراد بالمسيل العام الأماكن التى تجتمع بها مياه الامطار كالاوديه والشعاب والأنهار والبحيرات والقنوات التى تجرى لتصريف مياه السيول وايضا القنوات التى تستعمل لتصريف المياه المستعملة " المجارى الصحيه " ونحو ذلك فهذه الأشياء يجوزلكل فرد ان يرتب لعقاره حقا فى التسييل فيها فى حدود ما خصصت له فيسيل مياهه عبرها بشرط ان لا يترتب على هذا الانتفاع ضرر بالعامة . فان ترتب على تصرفه ضرر بالعامة منع من ذلك ولو ادى الى الحاق ضرر به لأن إلحاق الضرر بآحاد الناس أخف من إلحاقه بعامتهم (والضرر الاشد يزال بالضرر الأخف)[1]

---

(١) مجلة الاحكام العدلية ماده (٢٧)

كما يمنع كل من اراد ان يحدث فى هذا النوع أى تصرف مضر . فلو جاء انسان واراد ان يبنى فى مجرى الوادى بناء مثلا فانه يمنع من ذلك . لانه يعرقل انسياب الماء وربما تسبب فى فيضانه وأتلاف ما حوله من مزارع اومساكن ونحو ذلك .(١)

ولو اراد ان يستعمل المجارى العامه المخصصة لتصريف مياه المنازل لتصريف مياه الامطار لمنع من ذلك لما قد يسببه من احداث خراب فيها كانسداد القنوات واختلاط مياه الامطار بالمياه غير الصالحة للاستعمال وفى ذلك اضاعة لها ومنع من الانتفاع بها وفى ذلك من الاضرار ما لا يخفى .

وكذا لو كانت المجارى ضيقة ولا تتسع الا لاجراء ما هو قائم فعلا فيها ولا تحتمل اضافة ارتفاق جديد فانه لا يجوز حينئذ ان يحدث فيها مالا تستوعبه لما ينتج عنه من الاضرار . (٢)

وهكذا فكل نوع يجوز ان ينتفع به كل احد لكن يجب ان يكون الاستعمال فيما خصص له المرفق وبحدود الاستعمال المعتاد الذى لا ينتج عنه ضرر بالغير لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) (٣)

وفى وقتنا الحاضر خصص قنوات ومجار لتصريف المياه المستعملة وحددت له جهات مسئوله فى الدولة ترعى شئونه وتراقب استعماله . وتصونه عن العبث والحاق الضرر بالعامه فلا احد يجعل لعقاره ارتفاقا بها الا بعد الحصول

---

(١) الفتاوى الكبرى الفقهيه جـ ٣ ص ١٨٧
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٣٧٣
(٣) سبق تخريجه انظر ص (١٦٥)

على اذن بذلك من تلك الجهات . وهذه امور تنظيميه قصد بها حمايـــة الحق العـام .

اذا تبين هذا فما حكم اتخاذ الميزاب لتسييل المياه فى الطـــــريق العامــــــه .

الميزاب (١) فى الطريق العامه

اذا اتخذ شخص لداره ميزابا على الطريق العامه يسيل منه مياهــــه فلا يخلــو اما ان يكون احداثه ذلك مضرا بالعامه . أو لا .

ففى الحال الاولـــى :

وهى ما اذا ترتب على اتخاذه ذلك الميزاب ضرر بالعامه فانه يمنـــع من ذلك ويلزمه الحاكم بنقضه دفعا لما يترتب على ذلك من الضرر بالمسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) (٢) . ولا خلاف فى هذا بين الفقهاء

---

(١) الميزاب : هو ما يوضع على سطوح المنازل لتصريف المياه الى الشارع
(٢) تبين الحقائق هـ ٦ ص ١٤٢ - ١٤٣ ، بدائع الصنائع هـ ٦ ص ٢٦٥ الدرر المختار وحاشيته لأبن عابدين هـ ٥ ص ٣٨٠ ، الشرح الكبيــر وحاشية للدسوقى هـ ٣ ص ٣٣٣ فتح العزيز هـ ١٠ ص ٣٠٨ ، المغنى هـ ٤ ص ٥٥٤ ، الفروع هـ ٤ ص ٢٧٨ ، الانصـــــاف هـ ٥ ص ٢٥٥

وقد مثل بعض الفقهاء

لهذا النوع بالميزاب الذى يتخذ فى طريق ضيقة بحيث لا يتمكن المارة من اجتياز الطريق عند اسالة الماء (١) بدون ضرر يلحقهم .

وفى الحال الثانية :

وهى ما اذا لم يترتب على اتخاذ الميزاب فى الطريق العامة ضرر بالعامه اما ان يأذن فيه الامام اولا . فان أذن فيه فلا خلاف فى جواز وضعه . وان لم يأذن فيه فقد اختلف العلماء فى جواز اتخاذه على قولين .

القول الاول : جواز اتخاذه وبهذا قال محمد بن الحسن (٢) من الحنفية وهو قول المالكيه (٣) والشافعية (٤) ورواية عند الحنابلة اختارها طائفة من المتأخرين . (٥)

---

(١) احياء علوم الدين جـ ٧ ص ٦٢ ، فتاوى الكبرى الفقهيه جـ ٣ ص ٦٤

(٢) العنايه جـ ٨ ص ٣٣٠ وانظر تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٥ الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٨٠ ، الهدايه وتكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٠ مجمع الانهر جـ ٢ ص ٦٥١ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٣٣ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٢ التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٧٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٤٧

(٤) أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢١٩ ، احياء علوم الدين جـ ٧ ص ٦٢ فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٠٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٢ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٤ الفتاوى الكبرى الفقهية جـ ٣ ص ٦٣ ، حاشيه البجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٨٣

(٥) المبدع جـ ٤ ص ٢٩٥ ، الفروع جـ ٤ ص ٢٧٨ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٥ القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٨ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٥٤

واستدلوا لذلك بما يلـي :

١ - عن عبيد الله بن عباس رضي الله عنهما قال : كان للعباس ميزاب علـى طريق عمر بن الخطاب رضى الله عنه فلبس عمر ثيابه يوم الجمعه وقد كان ذبـح للعباس فرخان . فلما وافى الميزاب صب ماء بدم الفرخين فاصاب عمر وفيـه دم الفرخين . فأمر عمر بقلعه . ثم رجع فطرح ثيابه ولبس ثيابا غير ثيابـه ثم جاء فصلى بالناس فأتاه العباس . فقال : والله انه للموضع الذى وضعـه النبى صلى الله عليه وسلم . فقال عمر للعباس : وأنا أعزم عليك لما صعـدت على ظهرى حتى تضعه فى الموضع الذى وضعه النبى صلى الله عليه وسلـم . ففعل ذلك العباس) (١) رواه أحمـد .

---

(١) الحديث رواه أحمد قال : حدثنا أسباط بن محمد ثنا هشام بـن سعيد عن عبيد الله بن عباس . الخ .
وسنده جيد . ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) حـ ١٥ ص ١١١
واخرجه البيهقى من اوجه اخر ضعيفة او منقطعة ولفظ أحدهـا :
(والله ما وضعه حيث كان الا رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده)
السنن الكبرى للبيهقى حـ ٦ ص ٦٦ ، واورده الحاكم فى المستـدرك حـ ٣ ص ٣٣١ - ٣٣٢ ، وفى اسناده عبد الرحمن بن زيد بن اسلم وهو ضعيف . قال الحاكم : ولم يحتج الشيخان بعبد الرحمـن
التلخيص الحبير حـ ٣ ص ٥١ .
ورواه ابو داود فى المراسيل من حديث ابى هارون المدنى قـال :
(كان فى دار العباس ميزاب) ... فذكره ، بلوغ الأمانى مـن اسرار الفتح الربانى حـ ١٥ ص ١١١

وجه الاستدلال : أن الرسول صلى الله عليه وسلم وضع الميزاب بيده في الطريق العامه . وما فعله الرسول فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به . ولا دليل على ذلك فيجوز لكل وضعه (١) قال تقي الدين بن تيميه : (اخراج الميازيب الى الدرب النافذ هو السنة) (٢)

٢- ان عادة الناس جارية باحداث مثل هذا النوع من الميازيب من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في جميع بلاد الاسلام من غير نكير .) (٣)

٣- ان الحاجه تدعو الى ايجاد مثل هذا النوع من الميازيب للتخلص من المياه غير المرغوب فيها والتي يترتب على عدم تصريفها ضرر فكان وجود مثل هذا الميزاب في تلك الحال من الأمور التي تدعو الضرورة اليها وليس هناك من النصوص ما يمنع من اتخاذه (٤)

---

(١) المغني هـ ٤ ص ٥٥٤
(٢) الانصاف هـ ٥ ص ٢٥٥ ، القواعد في الفقه الاسلامي ص ٢١٨
(٣) فتح العزيز هـ ١٠ ص ١٠٨ ، الانصاف هـ ٥ ص ٢٥٥ ، المبدع هـ ٤ ص ٢٩٥ المغني هـ ٤ ص ٥٥٤ ، حاشية الروض المربع لابن قاسم هـ ٥ ص ١٥٢ - ١٥٣
(٤) المغني هـ ٤ ص ٥٥٤ حاشية الروض المربع لابن قاسم هـ ٥ ص ١٥٢

القول الثانى : عدم جواز اتخاذ الميزاب فى الطريق النافذة ولو لم يضـــر باحد ما لم يأذن بذلك الامام او نائبه . وبهذا قال ابو حنيفه وابو يوسف(١) وهو المذهب عند الحنابلة(٢) .

واستدلوا لذلك بما يلى :

١ ـ ما جاء فى الحديث السابق من وضع الرسول صلى الله عليه وسلم لمـــيزاب العباس . قالوا ان الحديث دليل لنا . فان الذى وضعه هو النبى صلـــى الله عليه وسلم ووضعه بيده ابلغ من اذنه فدل ذلك على انه لا يجوز وضعــــه الا باذن من الامام أو نائبه (٣)

---

(١) العنايه حـ ٨ ص ٣٣٠ ، الدر المختار وحاشيته لان عابدين حـ ٥ ص ـ ٣٨٠ تبيين الحقائق حـ ٦ ص ١٤٢ ، بداع الصنائــــع حـ ٦ ص ٢٦٥ مجمع الانهر حـ ٢ ص ٦٥١

(٢) كشاف القناع حـ ٣ ص ٤٠٦ شرح منتهى الادارات حـ ٢ ص ٢٦٩ الانصاف حـ ٥ ص ٢٥٥ ، المغنى حـ ٤ ص ٥٥٤ ، المبــــدع حـ ٤ ص ٢٩٥ الفروع حـ ٤ ص ٢٧٩

(٣) القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٨ ، كشاف القناع حـ ٣ ص ٤٠٦ شرح منتهى الادارات حـ ٢ ص ٢٦٩

٢ - ان اتخاذ الميزاب فى الطريق النافذة يعتبر تصرفا فى هواء مشترك بين صاحب الميزاب وبين غيره من العامة فلا يجوز الا بأذنهم كالطريق غير النافذة حيث لا يجوز نصبه الا باذن بقية الشركاء فيه . ولما كان الامام نائبا عن العامة فى الامور العامة ومنها ما يحدث فى الطرق النافذة فان الاستئذان يكون منه أو ممن ينيبه ومن احدث شيئا من ذلك بدون اذنه أعتبر مفتاتا على الامام فيما اليه تدبيره (١) .

٣ - ان اتخاذ ذلك النوع من الميازيب مظنة الحاق الضرر بالعامة . لان ماءه يقع على المارة وربما كان فيه ما يؤذيهم . بل ذلك هو الغالب (٢) .

مناقشة الآراء :

الذى يظهر لى من استدلال كلا الفريقين بالحديث ان سبب الخلاف يعود الى الاختلاف فى تفسير تصرف الرسول صلى الله عليه وسلم بوضع الميزاب أهو على سبيل التبليغ والفتوى ام على سبيل الولاية والامامة فمن فسره على انه على سبيل التبليغ والفتوى جعل ذلك حكما عاما يجوز لكل أحد ان يقوم عليه ولا يحتاج الى استئذان ، ومن فسره على انه على سبيل الولاية منع من ذلك

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٦ ص ٢٦٥ ، المغنى حـ ٤ ص ٤٥٥ ، كشاف القناع حـ ٣ ص ٤٠٦ ، شرح منتهى الادارات حـ ٢ ص ٢٦٩

(٢) المغنى حـ ٤ ص ٥٥٤

ذلك الا بأذن من له الولايه وهو الامام (١)

والذى يبدو لى ان تصرف الرسول صلى الله عليه وسلم فى وضع الميزاب كان على سبيل الامامه بدليل هيبة عمر رضى الله عنه من ان يزيل شيئا ولو كان ضرا لان الذى وضعه هو رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو المعصوم فدل ذلك على انه كان حقا لازما لا يجوز التعرض له او ازالته وليس كذلك ما وضع بغير اذن هذا ما ظهر لى والله اعلم بالصواب .

---

(١) الفروق جـ١ ص ٢٠٥ - ٢٠٩ وانظر ادرار الشروق على انواء الفروق بنفس الصفحات ، كذلك انظر بهامش نفس الصفحات تهذيب الفروق والقواعد السنية .
لما كان الرسول صلى الله عليه وسلم قد فوض الله اليه جميع المناصب الدينية كان من تصرفاته ما هو مجمع على انه بالتبليغ والفتوى ومنها ما هو مجمع على انه بالقضاء ومنها ما هو مجمع على انه بالامامه ومنها ما يختلف الناس فيه لتردده بين رتبتين فأكثر فمنهم من يغلبه رتبه ومنهم من يغلب أخرى
ذلك ان المتصرف فى الحكم الشرعى اما ان يكون تصرفه فيه بتعريفه واما ان يكون بتنفيذه . فان كان تصرفه فيه بتعريفه فذلك هو الرسول ان كان هو المبلغ عن الله تعالى وتصرفه هو الرساله . والا فهو المفتى وتصرفه هو الفتوى . وان كان تصرفه فيه بتنفيذه فاما ان يكون تنفيذه ذلك بفصل قضاء وابرام وامضاء فذلك هو القاضى وتصرفه هو القضاء واما ان لا يكون تنفيذه ذلك بفصل قضاء وابرام وامضاء فذلك هو الامام وتصرفه هو الامامه .
انظر المراجع السابقه لمزيد الاطلاع على هذا الموضوع (الفرق السادس والثلاثون) جـ١ ص ٢٠٥ - ٢٠٩ .

الراجح :

وعلى هذا فيكون الراجح هو ما ذهب اليه اصحاب القول الثانى من اشتراط الاذن فى وضع الميزاب.

واما احتجاج اصحاب القول الاول بكون عادة الناس جارية باحداث هذا النوع من الميازيب .

فيجاب عنه بأن من أحدث ذلك انما بنى على فهمه من الحديث التبليغ والفتوى لا الامامة .

وقولهم من غير نكير : يجاب عنه : بأن اصحاب القول الثانى ينكرون ذلك ويرون عدم جوازه الا باذن

وقولهم ان الحاجه داعيه الى آتخاذ هذه الميازيب يجاب عنه : بأن من احتاج لشىء من ذلك عليه ان يستأذن الحاكم فيأذن له ولا يلحقه من ذلك ضرر .

وفى وقتنا الحاضر تغير حال الناس فى كثير من الامصار حيث صارت تسيّل المياه المستعملة فى بيارات خاصة لكل منزل او تسيّل عبر انابيب ومجار عامة تخرج بها خارج العمران واقتصر التسييل فى الميازيب على مياه الامطار .

ثم ان من اراد ان ينشىء اى مبنى لا يتم له ذلك الا بعد اطلاع الجهات المختصه فى الدوله على رسم البناء فتنظر فيه وتأذن له بما يتفق مع المصلحه العامه وتمنعه مما يتنافى مع ذلك وهذا تطبيق للقول الراجح كما سبق .

النوع الثاني : المسيل الخاص في أرض الغير .

ويراد به المسيل الخاص بفرد الذى يتخذه فى ملك غيره . فاذا كان لعقار حق التسييل فى عقار آخر فان التصرف فى المسيل يكون فى حدود ما أذن فيه لكل واحد من مالكي العقارين .

فمن جانب صاحب العقار المرتفق : له أن يسيل مياهه فى حدود العرف والعادة فى مثل مسيله ولا يجوز له أن يتعدى ذلك كأن يزيد فى كمية المياه عما يحتمله المسيل أو يكون قد أذن له بتسييل مياه الأمطار على السطح فطرح الثلج عليه أو تركه حتى يذوب ونحو ذلك لأن ذلك يلحق ضررا بالعقار المرتفق به . ولا يجوز له أن يحدث فيه أى تصرف الا باذن من صاحب العقار المرتفق به . الا ما كان من ازالة ما يعوق دون استيفاء حقه كأن يزيل من المسيل ما يمنع نفوذ الماء. (١)

واذا كان لداره حق التسييل فى دار انسان بواسطة قناة وأراد أن يغير القناة بميزاب لم يكن له ذلك الا برضا صاحب الدار لأن فى هذا التصرف زيادة ضرر على صاحب الدار لاحتمال أن يفيض الماء من حافتى الميزاب ويلوث الدار .

وان كان المسيل ميزابا فأراد أن يجعله قناة . فان كان فى ذلك ضرر على صاحب الدار كأن يحتاج الى حفر فى ساحة الدار فليس له

----

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ ، أسنى المطالب : جـ ٢ ص ٢٢٧ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٨ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٢ .

أن يغير ذلك الا برضا صاحب الدار وان لم يكن فى ذلك ضرربان كان الميزاب عريضا مثلا ويستوعب مكان القناة فله ذلك .(١)

وذكر الكرخى (٢) أنه اذا تساوى الامران فى الضرركان له ان يجعل القناة ميزابا والميزاب قناة(٣) .

ولو اراد تغيير ميزابه بميزاب آخر أعرض منه أو أطول أو أقصر أو أراد ان يسيل ماء سطح آخر فى ذلك الميزاب فليس له ذلك الا باذن أهل الدار(٤) . لان هذا التغيير تصرف زائد عن حقه فلا يملكه كما أنه مظنة الحاق الضرر بأهل الدار . فانه ان جعله أطول أو أقصر فقد غير موضع انصباب الماء الذى كان حقه فيه . وان جعله أعرض كان انصباب الماء منه أكثر مما هو حقه . وان سيل ماء سطح آخر فيه فقد تعدى باحداث ارتفاق جديد لسطح لم يكن له حق فى تسييل مائه فى هذه الدار(٥) .

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٦٥ المبسوط جـ ١٧ ص ٩٥ .

(٢) الكرخى : هو ابو الحسن عبيد الله بن الحسن بن دلال بن دلهم الكرخى الحنفى ولد سنة ٢٦٠ هـ بكرخ ثم انتقل الى العراق انتهت اليه رئاسة الحنفية فى عصره له آراء خاصة واختيارات فى الاصول تخالف اصول ابى حنيفة وكان من رؤوس المعتزلة له مؤلفات فى الفقه والاصول منها شرح الجامعين لمحمد بن الحسن توفى ببغداد سنة ٣٤٠ هـ . الفوائد البهية ص ١٠٨ ، البداية والنهاية جـ ١١ ص ٢٤١ .

(٣) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٦ .

(٤) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٦ .

(٥) المبسوط جـ ١٧ ص ٩٥ .

ولو أراد تغيير موضع الميزاب لم يجز له ذلك أيضا الا برضا صاحب الدار لأنه ان كان التغيير بنقله الى ناحية اخرى كان انصباب الماء فى غير الموضع الذى ثبت حقه فيه . وان كان التغيير بتعليته عن موضعه أو تسفيله كان فى ذلك مظنة الحاق الضرر بالدار واحداث تصرف لا حق له فيه فلا يملكه الا باذن صاحب الدار. (١)

والقاعدة العامة فى هذا : أن من أراد أن يحدث تغييرا فى المسيل الذى له حق استعماله وهو فى عقار مملوك لغيره لا يجوز له ذلك الا باذن مالك العقار التى ترتب عليه المسيل .

ومن جانب صاحب العقار المرتفق به : فان له ان يتصرف فى المسيل بما لا ينقص حق المرتفق . لأن المسيل ملكه وتعلق حق الغير به لا يزيل ملكه عنه فله أن يتصرف فى ملكه بما شاء على أن لا يخل هذا التصرف بحق التسييل فيه . فان كان تصرفه فى ملكه يحول دون استيفاء حق التسييل المرتب عليه أو ينقص من ذلك منع . (٢)

فلو أراد صاحب الدار أن يبنى بناء ليسيل ميزاب صاحب الحق على سطحه جاز لأنه لا ضرر فيه على صاحب الميزاب فلا فرق بين أن

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٦ ، المبسوط جـ ١٧ ص ٩٦ .

(٢) الفروع جـ ٤ ص ٢٨٠ . شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧٠ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٤ .

يسيل ماؤه فى ساحة الدار أو فوق السطح .(١)

بينما لو أراد أن يبنى حائطا ليسد المسيل أو أراد تعلية السطح ليمتنع جريان الماء عليه لم يجز لأنْ هذا التصرف يعتبر ابطالا لحق مستحق للغير فى داره فلا يجوز الا برضا صاحب الحق فان كانت تعلية السطح لا تحول دون سيلان الماء جاز له ذلك .(٢)

---

(١) المبسوط جـ ١٧ ص ٩٦ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٥ .

(٢) الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٤ ، الفروع جـ ٤ ص ٢٨٠ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧٠ ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٦ ، المبسوط جـ ١٧ ص ٩٦ .

النوع الثالث : المسيل المملوك في أرض الغير :

اذا كان المسيل مملوك الرقبة لغير مالك الأرض بأن كان مملوكا للمسيل فان لمالكه التصرف التام فيه ولا يملك أحد أن يحول دون ذلك لأن المسيل في هذه الحال ملك كسائر الأملاك فيحق لمالكه أن يتصرف فيه بما شاء على وجه لا يضر بغيره .(١) ويجرى على هذا النوع الأحكام السابقة في المجرى المملوك لغير مالك الأرض(٢) لأن أحكامهما متفقة الا أن المسيل يختلف عن المجرى في نوع الاستعمال فالمجرى يكون لجلب المياه الصالحة والمسيل انما هو لتصريف المياه غير المرغوب فيها .

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٦ .

(٢) انظر ص (٢٥٠)

النوع الرابع : المسيل المشترك :

اذا كان المسيل مشتركا بين جماعة كما لو حفروا مجرى لتسييل مياههم فيه أو حفروا بيارة لتصريف مياه منازلهم المستعملة فيها ونحو ذلك فانه يجرى على هذا النوع الأحكام السابقة فى المجرى المشترك.(١) فلكل منهم التصرف فى المسيل فى حدود ما أتفق عليه بينهم ولا يجوز لأى منهم أن يرتب على هذا المسيل ارتفاقا جديدا لأرض له أخرى لم يتفق عليه بينهم الا باذن جميع الشركاء كما أنه يجب على كل منهم أن يكون استعماله للمسيل غير مضر بالشركاء فلا يزيد فى استعماله عما أذن له فيه .

---

(١) انظر ص(٢٥٤)

الفصل الثانـي

فى صيانة المسيــــل

لما كان المسيل عبارة عن مجرى لتصريف المياه غير المرغوب فيها فـان أحكام صيانته لا تختلف كثيرا عن أحكام صيانة المجرى السابـق ذكرها (١)، ففى حال ما اذا كان المسيل عاما فان نفقة صيانته على بيت مال المسلميـن ويتولى رعايتها من بيده ولاية أمر المسلمين لانه نائب عنهم فى الامـوال العامة . وبيت المال معد لمصالح المسلمين واصلاح المسايل العامة مـن مصالحهم . هذا اذا كان فـى بيت المال مايكفى لمثل هذه الامور ، فـان ضاق مافى بيت المال عن القيام بمثل ذلك كلف ولى الامر المنتفعيـن بهذه المسايل بالقيام بما يلزم لصيانتها وازالة مايعوق دون تمام الانتفـاع بها .

وفى حال ما اذا كان المسيل خاصا :

فاما أن يكون خاصا بفرد ، واما أن يكون مشتركا بين جماعة .

فان كان المسيل خاصا بفرد ولا حق لاحد فيه فصيانته عليه وحـده لان نفعه له وحده " والغرم بالغنم ".

---

(١) انظر ص (٢٧٨)

(٢) مجلة الاحكام العدلية مادة رقم (٨٧) .

واذا كان هذا النوع من المسيل يجري على سطح الجار فانهدم السطح على صاحب فعمارة السطح تكون على صاحبه ولا شيء من ذلك المسيل ، وحكى ابن هبيرة[١] الاتفاق على ذلك[٢] ، ولا يجبر صاحب السطح على اصلاحه لأجل المسيل ولصاحب المسيل ان يضع قناة في موضع مجرى مسيلة لينفذ الماء الى مصبه[٣]

ويجب على صاحب المسيل ان يقوم باصلاح مسيلة اذا نتج عنه ضرر بالغير كأن يسد من أسفله فيمتلىء ويضر ما حوله من جدران ومزارع للغير ضررا فاحشا لأن استعماله لحقه مشروط بعدم الحاق الضرر بالغير فان نتج عنه ضرر لزمه ازالته لأنه المتسبب فيه .

وليس لصاحب المسيل ان يقول لمن وقع عليه الضرر اصلح انت المسيل وادفع عنك الضرر لأنه غير متسبب في حدوث ذلك الضرر ولا يجبر صاحب المسيل على اصلاح ما خرب من اراضي الغير بسبب استعماله المأذون له فيه[٤] لأنه غير متعد .

---

(١) ابن هبيره : هو ابو المظفر عون الدين يحي بن محمد ابن هبيرة بن علوان الشيباني البغدادي الوزير العالم العادل ولد سنة ٤٩٩ هـ بالدور قرية من اعمال الدجيل ثم دخل بغداد شابا وتعلم فيه اشتغل بالعلم والتصنيف الى جانب ولايته الوزارة للمقتفي وابنه صنف كتاب الافصاح وهو عدة مجلدات شرح لصحيحي البخاري ومسلم توفى سنه ٥٦٠ هـ
ذيل طبقات الحنابله جـ ١ ص ٢٥١ - ٢٨٩ شذرات الذهب جـ ٤ ص ١٩١ - ١٩٧

(٢) الافصاح جـ ١ ص ٢٤٨ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢٦

(٣) الفتاوى البزازيه جـ ٣ ص ١١٧

(٤) درر الحكام شرح مجلة الاحكام جـ ٣ ص ٢٦٢ وانظر مجلة الاحكام العدليه ماده رقم (١٢٣٣) .

المسيل المشـــترك :

اذا كان المسيل مشتركا بين جماعة فصيانته تكون على الشركاء لانـــه ملكهم وهـم المنتفعـون بـه .

وذكر الحنفيه[١] والمالكيه[٢] كيفية توزيع أعباء نفقات الصيانة على الشركاء في المسيل فقالوا ان المسيل لما كان الانتفاع به عكس الانتفاع بالمجرى فـان نفقات واعباء صيانته واصلاحه تكون على العكس من المجرى ايضا . وعلى هـذا فان من كان في اعلى المسيل يلزمه القيام باصلاح المسيل ولا يشاركه أحـــد الى ان يصل الى من بعده فيشاركه الثاني الى ان يصل الثالث فيشاركهمـا الى ان يصل الرابع فيشارك الثلاثة . وهكذا لا يلزم الاسفل المشاركة فـــي صيانة ما فوق ملكه ويلزمه المشاركه فيما كان أسفل منه الى آخر المسيل . فمن كان في أعلى المسيل كان اكثرهم موئنة . لأنه يحتاج في تصريف مياهه الـــى جميع المسيل . ثم دونه من تحته . وهكذا . فيكون آخرهم اقلهم موئنة . لانه لا يحتاج في تسييل مياهه الا لما بعد ملكه وهو آخر المسيل ويشاركه فـــي موئنة ذلك جميع من يسيل في المسيل قبلـــه (٣) .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٨٤ ، العقود الدريه في تنقيـــح الفتاوى الحامديه جـ ٢ ص ٢١٧ - ٢١٨ .

(٢) التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٤٧ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٧٣ .

(٣) العقود الدريه جـ ٢ ص ٢١٧ - ٢١٨ .

فلو انسد اعلى المسيل كان اصلاحه على من حال الانسداد دون تمكنه من استعمال المسيل وهم الذين فى اعلى المسيل . لانهم هم المتضررون من خرابه وهم المستفيدون من اصلاحه دون من كان اسفل منهم .

ولو انسد اسفل المسيل كان اصلاحه على الجميع لأن الضرر يلحق جميعهم والفائدة من اصلاحه لهم جميعا (١) ولم يتعرض الشافعية والحنابلة لهذه المسأله بشىء فيما أطلعت عليه من كتبهم . ولكن يمكن تخريج حكمها عندهم على ما ذكروه من حكم اصلاح المجرى السابق بيانه (٢) .

فالشافعيه قالوا فى تنقية المجرى وعمارته انه يقوم بها الشركاء بحسب الملك . وهل على كل واحد عماره الموضع المتسفل عن ارضه ؟ وجهان احدهما : لا وبه قطع ابن الصباغ (٣) . وعلل لذلك بأن المنفعه فيه للباقين

---

(١) التاج والاكليل جـ ٥ صـ ١٤٧

(٢) انظر صـ (٢٨٧) وما بعدها

(٣) ابن الصباغ :-

هو ابو نصر عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن احمد بن جعفر المعروف بابن الصباغ ولد سنة ٤٠٠ هـ برع فى الفقه الشافعى حتى رجحوه فى المذهب على الشيخ ابى اسحاق فهو من اكابر فقهاء الشافعيه فى وقته توفى سنه ٤٧٧ هـ .

طبقات الشافعيه الكبرى جـ ٥ صـ ١٢٢

طبقات الشافعيه لابن هداية صـ ١٧٣ ، شذرات الذهب جـ ٣ صـ ٣٥٥

دونه فلا يشاركهم فيما لا نفع له به .

والثاني : نعم . وهو الاصح عند العبادي (١) لاشتراكهم وانتفاعهم به كما في سائر الاملاك المشتركة . (٢)

فالتخريج على الوجه الاول يكون أصحابه يؤيدون مذهب الحنفية والمالكية في عدم التسوية بين الشركاء في المسيل بأعباء الصيانة لتعليلهم التفريق بينهم بالمنفعة . وانتفاع الاول بالمسيل اكثر من انتفاع الاخير . فينعكس الحكم في المجرى لأن الأول في المسيل يحتاج الى جميع المسيل كالأخير في المجرى فيكون الحكم واحدا وهو ان أعباء الصيانة تكون عليهما اكثر من غيرهما . كما ان الأول في المجرى والأخير في المسيل يحتاجان الى جزء من المجرى والمسيل لا الى جميعه فيكون حكمهما ايضا واحدا . وهو أن أعباء الصيانة عليهما تكون اقل من غيرهما لأن صاحب المجرى يحتاج الى ما قبل ارضه ليصله الماء . وصاحب المسيل يحتاج الى ما بعد ارضه ليذهب دون ارضه .

---

(١) العبادي : هو ابو الحسن احمد بن الاستاذ أبي عاصم العبادي ولد ٤١٥ هـ كان من أئمة الشافعية في مرو له كتاب (الرقم) وكان من اجل الخرسانيين توفي سنة ٤٩٥ هـ
وطبقات الشافعية الكبرى جـ ٥ ص ٣٦٤ طبقات الشافعيه لابن هدايه ص ١٨٤

(٢) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٠٨ اسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٥٥ الفتاوى الكبرى الفقهيه جـ ٣ ص ١٨٤ .

والتخريج على الوجه الثاني : يكون اصحابه يرون ان صيانة المسيل تكون على جميع الشركاء الا فيه من أوله الى آخره سواء كان ما يحتاج الى عمارة واصلاح في أول المسيل أم في آخره لتعليلهم ذلك بالاشتراك في الملك والمنفعه

واما الحنابلة (١) فيقال في تخريج رأيهم في هذه المسأله ما قيل في التخريج على الوجه الاول للشافعية لأن الحنابلة يرون التفريق بين اصحاب المجرى في مؤونة صيانته . فيتخرج لهم قول في التفريق بين اصحاب المسيل موافق لما عليه الحنفية والمالكية . هذا ما ظهر لي والله اعلم .

---

(١) انظر المغني هـ ٥ صـ ٥٩٠ وانظر ص (٢٨٧) من هذه الرسالة

الفصل الثالث

فى التنازع على المسيل

اذا تنازل صاحب أرض وصاحب مسيل أو ميزاب فأراد صاحب الأرض المنع من التسييل فى أرضه أو على سطحه ٠ فما الحكم ؟

ينظر الى المسيل أو الميزاب هل هو جار وقت الخصومة أو يعلم جريه أو ليس كذلك ٠

فان كان جاريا أو يعلم جريه فانه يبقى على حاله سواء علم سبب وضعه أو لا ٠ لأن الظاهر أنه ما وضع الا بحق فجرى مجرى اليد الثابته على أمر متنازع فيه اذ يكون وضع اليد دليل الاستحقاق حتى يوجد ما يخالفه ٠ وعلى صاحب الأرض أو السطح أن يثبت دعواه أن التسييل فى ملكه كان بغير حق (١) ٠

وان كان غير جار ولا يعلم جريه فلا حق له فى التسييل ما لم يثبت دعواه بالبينة ٠ لأنه حينئذ لا يدله على المسيل (٢) ٠ فتكون دعواه خالية عما يثبت صحتها ٠ فاذا وجد والحالة هذه بعض الامارات التى تدل على التسييل فى ملك الغير كأن يوجد آثار مرور المياه الى

---

(١) المبسوط جـ ١٧ ، ص ٩٤ ، الفتاوى الهندية : جـ ٤ ص ١٠٤ ، رد المحتار وحاشيته لابن عابدين جـ ٥ ص ٢٨٥ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٥٩ الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٢ ٠

(٢) المبسوط جـ ١٧ ص ٩٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٤ ، رد المحتار وحاشيته لابن عابديه جـ ٥ ص ٢٨٥ ٠

أرض الغير أو ميلان السطح اليها أو نصب الميزاب عليها ونحـــو ذلك فهل تكون هذه الامارات كافية لاثبات حق المسيل فى ملـــك الغير أو لا ؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

الاول : أنه لا يكفى وجود الامارات دليلا على استحقاق المسيل فى أرض الغير لأن الامارة مجرد شبهة لا تكفى لاثبات الحق اذ لا بد لاثباته من حجة كالشهادة مثلا . قال السرخسى (١) : " لو كان لرجل ميزاب فى دار رجل فأراد أن يسيل فيه الماء فمنعه رب الدار فليس له أن يسيل فيه الماء حتى يقيم البينة أن له فى هذه الدار مسيلا . لأن الميزاب مركب فى ملكه كالباب . فلا يستحق به حقا فى دار الغير الا بحجة " وبهذا قال بعض الحنفية وهو القياس عندهم (٢) .

والقول الثاني : أن وجود امارات وعلامات تدل على أن له حقـــا فى التسييل فى أرض جاره أو على سطحه كالميزاب ومجرى الماء ونحـــو ذلك كاف فى اثبات حق المسيل فلا يجوز لصاحب الأرض منعه مـــن التسييل

---

(١) المبسوط جـ ١٧ ص ٩٤ . الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٤ .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٥ ، المبسوط جـ ١٧ ص ٩٤ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٢٠٦ ، الفتاوى الهندية : جـ ٤ ص ١٠٤ .

وبهذا قال بعض المتأخرين من الحنفية وعليه الفتوى عندهم ، وهو الاستحسان .(١)

الراجح : الذى يظهر لى أن الراجح هو ما ذهب اليه أصحاب القول الثانى من اعتبار العلامات دليلا على الحق فى المسيل ما لم يثبت صاحب الأرض خلاف ذلك . لأن الظاهر أنها ما وجدت هذه العلامات الا بسبب الاستعمال واحتمال كون الاستعمال بسبب غير مشروع أو بسبب استعمال موقت ونحو ذلك يحتاج الى دليل يثبته . فيبقى الحق فى المسيل على ما دلت عليه هذه العلامات حتى يوجد ما يخالف ذلك

---

(١) رد المحتار ، جـ ٥ ص ٢٨٥ ، المبسوط جـ ١٧ ص ٩٤ ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٤ .

الباب الرابع

في أحكام حق المرور

الباب الرابـــــع

...

فى أحكـــام حـــق المـــرور

ويشتمل على أربعة فصول :

الفصل الاول : فى التصرف فى الممر العام (الطريق العامة) .

الفصل الثانى : فى التصرف فى الممر الخاص (الطريق الخاصة) .

الفصل لثالث : فى حكم المرور فى أرض الغير .

الفصل الرابع : فى حكم تحويل الطريـــق .

—•—

الفصل الاول

التصرف فى الممر العام (الطريق العامة)

الممر العام : هو الطريق التى لا يختص بها فرد أو افراد معينون ، وذلك كالطرق النافذة . فان هذه يشترك عامة الناس فى الانتفاع بها لا فرق بين من كان عقاره مجاورا لهذه الطرق ومن ليس كذلك .

والمنفعة الاصلية للطرق هى : المرور فيها (١) . والمرور فى الطرق العامة يختلف حكمه باختلاف ما خصص له الطريق فما كان من الطرق مخصصا لنوع من المرور لا يجوز استعماله لنوع آخر .

وبيان ذلك أن بعض الطرق مخصص للمشاة فلا يجوز تسيير السيارات فيه . وبعض الطرق مخصص لسير السيارات الصغيرة فلا يجوز تسيير السيارات الشاحنة والاليات الثقيلة فيه لما ينجم عن ذلك من اضرار بالطريق والمارين فيه. فان تعبيد الطريق عادة يكون حسب ما خصص له الطريق وما يحتمل المشاة او السيارات الصغيرة لا يحتمل الشاحنات والاليات الثقيلة لأنها تفسد ما تمر به مما لا يحتمل ثقلها . كما ان مرور السيارات فيما خصص لغيرها فيه ازعاج للمختص وهذا ضرر فتجب الحيلولة دون وقوعه .

ومن ناحية اخرى فان السير فى الطريق وخاصة سير العربات قد يكون له اتجاه معين (٢) فلا تجوز مخالفته لما يترتب على ذلك من اضرار ظاهرة

---

(١) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٥ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٠٨ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢٥٤ .

(٢) انظر نظام المرور مادة (١٧-٢٧) .

كحوادث السير التى تكون سببا فى عدد من الوفيات . وهذا التنظيم والتحديد لنوع المرور مرده الى جلب المصلحة ودرء المفسدة .

هذه هى منفعة الطريق الاصلية ، فما مقدار عرضه ؟

مقدار عرض الطريق :

الطريق اما ان يكون موجودا من القديم واما ان يكون حادثا فان كان قديما فانه يبقى على قدمه ولا يجوز لاحد أن يستولى على شئ منه ولو كان واسعا .

وان كان الطريق حادثا فاما ان يكون من ارض مملوكة واما ان يكون من أرض موات .

فان كان من ارض مملوكة فتحديد مقدارها راجع الى رأى مالك الارض، لانه محسن ومتبرع والافضل له توسيعها ، وان كان الطريق بين أراض موات يريد اصحابها احياءها فان اتفقوا على مقدار معين كان على ما اتفقوا عليه من السعة والضيق (١) . لانهم أدرى بما يحقق لهم الارتفاق بالطريق على الوجه الاكمل .

وقد مصرت الصحابة - رضى الله عنهم - البصرة على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فجعلوا عرض شارعها الاعظم ستين ذراعا وجعلوا عرض ماسواه من الشوارع عشرين ذراعا وجعلوا عرض كل زقاق سبعة أذرع (٢) .

---

(١) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٣ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٦٨-١٦٩ ، فتح البارى جـ ٥ ص ١١٨ ، شرح النووى لصحيح مسلم جـ ١١ ص ٥١ ، تحفة الاحوذى شرح سنن الترمذى جـ ٢ ص ٢٨٦ ، حاشية البجيرمى جـ ٣ ص ٨٥ .

(٢) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢١٢-٢١٣ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ١٧٩-١٨٠ .

وهذا كان يتناسب مع عصرهم . أما الآن فان الحاجة الى الشوارع اختلفت عن حاجة أولئك فيجب أن يراعى فى تقديرها حاجة الناس اليوم لاختلاف المراكب ووسائل النقل .

وهذا كما قلنا اذا اتفق من اراد احداث الطريق فى الموات على تحديد عرضه . فان اختلفوا فللعلماء فى تقدير عرضه قولان :

القول الاول :

ان مقدار عرض الطريق سبعة أذرع . وبهذا قال المالكية (١) والحنابلة (٢) والنووى من الشافعية (٣) .

واستدلوا لذلك بما روى ابوهريرة رضى الله عنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : (اذا اختلفتم فى الطريق جعل عرضه سبع أذرع) (٤) ، رواه الجماعة الا النسائى واللفظ لمسلم (٥) .

وفى لفظ للبخارى : (قضى النبى صلى الله عليه وسلم اذا تشاجروا فى الطريق الميتاء (٦) بسبعة أذرع (٧)) .

---

(١) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٠ .
(٢) الاحكام السلطانية لابن يعلى ص ٢١٣ .
(٣) روضة الطالبين جـ٤ ص ٢٠٦ ، شرح النووى لصحيح مسلم جـ ١١ ص ٥١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٣ ، تحفة الاحوذى جـ ٢ ص ٢٨٦ ، معالم السنن جـ ٥ ص ٢٣٨ .
(٤) الذراع يذكر ويؤنث . المصباح المنير جـ١ ص ٢٢٢ : قيل المراد به ذراع الادمى فيعتبر ذلك بالمعتدل وقيل المراد ذراع البنيان المتعارف . فتح البارى جـ٥ ص ١١٩ ، تحفة الاحوذى جـ ٢ص ٢٨٥
(٥) صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١١ ص ٥٠-٥١ .
(٦) الميتاء : بوزن مفعال من الاتيان والميم زائدة . قال ابوعمر الشيبانى الميتاء : اعظم الطرق وهى التى يكثر مرور الناس بها . المصباح المنير جـ١ ص ٧ . وانظر فتح البارى جـ ٥ ص ١١٨ .
(٧) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ١١٨ .

وجه الاستدلال :

ان النبي صلى الله عليه وسلم حدد عرض الطريق العام عند الاختلاف في ذلك بسبعة أذرع فلزم الاخذ به وعدم الحياد عنه .

والحكمة في ورود الشرع بتقدير الطريق سبعة اذرع هي : ان تسلكها الاحمال والاثقال دخولا وخروجا وتسع مالابد لهم من طرحه عند الابواب [١] .

القول الثاني :

ان المعتبر في تقدير عرض الطريق هو قدر الحاجة فقد يكون اكثر من سبعة وقد يكون اقل حسب الغرض المنتفع به من الطريق . وبهذا قال الحنفية [٢] وهو المذهب عند الشافعية [٣] .

وعللوا لذلك : بأن عمل الناس كان بخلاف الحديث في جميع الامصار على مر الاعصار [٤] . فلو كان التحديد مرادا ما خالفوه .

ويحمل الحديث على ان تحديد الرسول صلى الله عليه وسلم بسبعة اذرع كان في حادثة بعينها الحاجة فيها تقتضي التحديد بهذا القدر من الاذرع لا أن هذا قدر لكل طريق يختلف فيها [٥] .

---

(١) فتح الباري جـ ٥ ص ١١٩ ، تحفة الاحوذي جـ ٢ ص ٢٨٥ .
(٢) المبسوط جـ ١٥ ص ٥٥-٥٦ .
(٣) مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٨٣ ، حاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٨٥ .
(٤) المبسوط جـ ١٥ ص ٥٦ .
(٥) المبسوط جـ ١٥ ص ٥٦ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٨٣ .

وخص بعض العلماء التقدير بسبعة اذرع الوارد فى الحديث بعض الطرق كالاختلاف فى تقدير عرض الطرق المشتركة او التى لا تسلك الا نادرا قال ابن حجر ناقلا عن بعض العلماء " مراد الحديث ؛ ان أهل الطريق اذا تراضوا على شىء كان لهم ذلك . وان اختلفوا جعل سبعة أذرع وكذلك الارض التى تزرع مثلا اذا جعل اصحابها فيها طريقا كان باختيارهم وكذلك الطريق التى لا تسلك الا فى النادر يرجع فى افنيتها الى ما يتراضى عليه الجيران " (١) .

قلت : وهذا التخصيص ينقصه ما نصت عليه رواية البخارى من وصف الطريق المحددة بسبعة اذرع بالميتاء . والميتاء هى الطريق التى يكثر اتيان الناس اليها ومرورهم بها .

الراجح :-

الذى يظهر لى ان الراجح ما ذهب اليه اصحاب القول الثانى من اعتبار قدر الحاجة عند الاختلاف فى تحديد عرض الطريق لما ذكروه من التعليل بمخالفة واقع الناس على مر العصور للحديث . ولما ذكروه من التأويل لمعنى الحديث وحمله على كونه واقعة حال كانت الحاجة فيها لهذا القدر .

وفى وقتنا الحاضر صارت مهمة تحديد عرض الطرق من اختصاص مكاتب تخطيط المدن فهى التى تحدد سعة الطرق قبل الاذن ببناء الاراضى . فبعض الطرق قد تزيد عن مائة متر وبعضها قد لا يتجاوز ستة أمتار وهذا راجع الى

---

(١) فتح البارى جـ ٥ ص ١١٨-١١٩ .

مايتوقعه المختصون من الحاجة لنوع استعمال تلك الطرق . فما خصص لسير المشاة عرضه غير عرض مايسمح بمرور الشاحنات فيه وعرض ماكان طريقا رئيسيا غير عرض ماكان طريقا فرعيا الى غير ذلك من الاعتبارات التى يلاحظها المختصون عند تخطيط الاراضى .

اذا عرفنا هذا فان الطريق قد يرتفق به فى أغراض اخرى غير المرور كالجلوس فيه لبيع وشراء واستراحة اوسؤال مار او ايقاف دابة او سيارة مدة طويلة او قصيرة ونحو ذلك .

وقد يرتفق بباطنه كاجراء تمديدات انابيب المياه واسلاك الكهرباء والهاتف وكحفر البيارات ونحوذلك .

وقد يرتفق بظهره كبناء الدكة والدرج فى ارض الطريق .

وقد يرتفق بهوائه كاشراع الاجنحة وفتح النوافذ ونحوذلك .

فاذا كان المقصد الاصلى من الطرق هو المرور فيها وبالناس حاجة الى مثل هذه الانواع من الارتفاق فهل يجوز لهم احداثها فى الطريق أم لا ؟ .

هذا ماسنجيب عليه بالتفصيل فى المباحث التالية :

المبحث الاول : اختصاص آحاد الناس بالانتفاع بالطريق بما لا يتأبد .

المبحث الثانى : فتح الابواب والنوافذ .

المبحث الثالث : اشراع الاجنحة ونحوها فى هواء الطريق .

المبحث الرابع : البناء والغرس فى الطريق .

المبحث الخامس : الحفر فى باطن الطريق .

—.—

المبحث الاول

اختصاص آحاد الناس بالانتفاع بالطريق بما لا يتأبد

اختلف العلماء فى جواز اختصاص آحاد الناس فى الانتفاع بالطريق بما لا يتأبد كالجلوس فيه للبيع والشراء وكالقاء الطين فى ناحيته للبناء ونحو ذلك على قولين :

القول الاول :

أنه يجوز ذلك، مالم يترتب عليه ضرر بالعامة فان أُلحق الضرر بهم منع . وهو قول الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) واحدى الروايتين عند الحنابلة (٤) وعليها الاكثرون منهم فيرون انه يجوز للانسان ان يجلس فى ناحية الطريق للبيع والشراء والانتظار والاستراحة . كما يجوز له أن يضع فيه مايحتاجه لبنائه كالتراب والحجارة ونحوها من مواد البناء . وكل ذلك بشرط ان يترك للمار مايكفيه للمرور فى الطريق بيسر وسهولة . فان ترتب على وضع تلك الامور اعاقة للمقصد الاصلى من الطريق وهو المرور منع منه لما فيه من الضرر بالعامة .

---

(١) الدر المختار وحاشيته رد المحتار، جـ٥ ص ٣٨٠ ، تبيين الحقائق جـ٦ ص ١٤٢ .

(٢) الشرح الكبير وحاشيته للدسوقى جـ٣ ص ٣٣٠-٣٣١ ، مواهب الجليل جـ٥ ص ١٥٧ ، الاعلان فى احكام البنيان لوح ١٥٥ .

(٣) فتح العزيز جـ١٠ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ ، روضة الطالبين جـ٤ ص ٢٠٤ ، فتح الوهاب جـ١ ص ٢٥٤ .

(٤) القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٦ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٢٦ .

ويلحق بذلك ربط الدابة فى الطريق ومثله ايقاف السيارة فيه فكل ذلك جائز عند اصحاب هذا القول مالم يترتب عليه الاخلال بالمقصد الاصلى من الطريق فلو ترتب على ايقاف السيارة مثلا سد الطريق او اعاقة حركة السير فيه منع من ذلك .

وفى وقتنا الحاضر حددت اماكن للوقوف وحذر من الوقوف فى أخرى فيجب الالتزام بذلك ، ولا يجوز لاحد مخالفته لان هذا التنظيم انما كان بقصد تحقيق المصلحة العامة ومخالفة ذلك يعتبر اضرارا بها وفيه مخالفة لامر يجب امتثاله وهو امر الحاكم فى غير معصية الله .

القول الثاني : انه لا يجوز اختصاص آحاد الناس بالانتفاع بالطريق العام ولو كان ذلك لا يتأبد . وهذا هو الرواية الاخرى عند الحنابلة (١) .

وقد يعلل لهذا القول : بان اتخاذ الطرق لنحو تلك الاغراض مظنة تفويت المقصد الاصلى من المرور فيمنع من هذه الامور سدا للذريعة .

الراجح :-

الذى أميل اليه هو ماذهب اليه اصحاب القول الاول من جواز اختصاص آحاد الناس بالانتفاع بالطريق العامة لغير المرور بما لا يتنافى مع المقصد الاصلى وهو المرور . لان الحاجة لذلك قائمة ولان عادة الناس جارية على هذا منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .

---

(١) الاحكام السلطانية لابى يعلى ص٢٢٦ ، القواعد فى الفقه الاسلامى ص٢١٦ .

وعلى هذا العمل عندنا فقد جاء في المادة (٤٦) من نظام الطرق والمباني ما نصه " لسلطة المباني أن تصدر اذنا باستعمال أي شارع عمومي أو ميدان أو جنينة عامة اوساحة عمومية حينما تبدو حاجة لاحد باقامة او تغيير او هدم بناء . ولها ان تطالب عند الحاجة احاطة ذلك الجزء المستعمل بحاجز او سياج ترتضيه . ويلاحظ ان لا ياتي ضرر على المارة من سقوط بعض الاحجار وغيرها من البنائين . لذلك يستحسن ان يوضع الحاجز بمسافة مترين ويجب ان ينار ذلك الحاجز او السياج بمصباح احمر من غروب الشمس الى شروقها . ومن خالف ذلك يجازى ..... "(١) .

كما حددت اماكن لوقوف السيارات في بعض الطرق ومنع في أخرى وجعل تقدير المصلحة في ذلك لادارة المرور في كل مدينة . فيجب الالتزام بهذا التحديد لأن القصد منه تحقيق المصلحة العامة ومخالفة ذلك يعتبر اضرارا بها ثم ان فيه مخالفة لامر يجب امتثاله وهو أمر الحاكم في غير معصية الله .(٢) .

...

---

(١) نظام الطرق والمباني مادة (٤٦) وانظر المادة (٤٧) مطبوع مع الانظمة واللوائح والتعليمات لوزارة الشئون البلدية والقروية جـ١ ص ٤٢ .

(٢) انظر المواد (٣٤ ، ٣٥ ، ٨٦) من نظام المرور.

المبحث الثانـــي

فتح الأبـــواب والنوافـــذ

لا خلاف بين العلماء فى جواز فتح الابواب للاستطراق وغيره وفتـــح النوافذ للاضاءة والتهوية على الطرق النافذة لكل من كان عقاره متصـــلا بذلك الطريق (١) . لان ذلك يعتبر "ارتفاقا بما لا يتعين له مالـــك ولا اضرار فيه على المارين "(٢) .

ولكن اذا كانت النوافذ منخفضة بحيث يرى من بداخلها من كان خارجـا عنها فهل حكمها جائز كنوافذ التهوية والاضاءة ؟

لا يخلو الامر اما ان يكون اتخاذ النوافذ يترتب عليه الاطلاع علـــى عورات الغير فى المساكن المقابلة ونحو ذلك اولا .

فان كان لا يترتب عليه شىء من ذلك كأن يكون الشارع واسعا والمبنى الذى فيه النافذة غير مرتفع بحيث لا يرى من النافذة من كان بساحة المساكن المقابلة والمجاورة ، وكان امام ميدان فسيح أو حديقة ونحو ذلك فـــلا خلاف فى جواز اتخاذها على اى وجه شاء صاحبها .

---

(١) ارد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٣٦٠ ، المدونة ج ١٤ ص ٥٣١ ، حاشية البجيرمى على شرح الخطيب ج ٣ ص ٨٨ ، المبدع ج ٤ ص ٢٩٦ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٦٩ ، كشاف القناع ج٣ ص ٤٠٨ ، المحلى ج٩ ص ١٠٥ .

(٢) شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٦٩ ، المبدع ج ٤ ص ٢٩٧ .

وان كان يترتب على فتح النوافذ الاطلاع على عورات الغير في المساكن المقابلة فهو من الضرر الذي يجب منعه وقد نص بعض المالكية على المنع من فتحها حينئذ . فقال ابن فرحون [١] " من احدث غرفة يطلع منها على اسطوان [٢] جاره منع . وسواء كان الزقاق نافذا او غير نافذ " [٣] ، فيرى منع احداث ما يطلع منه على عورات الغير ولو كان الطريق نافذا .

واطلاق جمهور الفقهاء رحمهم الله القول في جواز اتخاذ النوافذ على الطريق النافذة لم يقصدوا بهذا الاطلاق ادخال النوافذ التي يرى منها عورات الغير فيما يظهر لي لان الاطلاع على عورات الغير محرم . لما روى أبوهريرة رضي الله عنه قال : قال ابوالقاسم صلى الله عليه وسلم : (لو أن امرأ اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح) متفق عليه واللفظ للبخاري [٤] .

---

(١) ابن فرحون : ابراهيم بن علي بن محمد بن ابي القاسم بن محمد ابن فرحون اليعمري المدني الملقب ببرهان الدين الفقيه المالكي الاصولي النحوي الفرائضي الكاتب الاديب . تولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣ هـ فكان عادلا فهابه الناس له عدة مصنفات في غاية التحقيق والتدقيق منها تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الحكام . وشرح مختصر ابن الحاجب الفرعي والديباج المذهب في اعيان المذهب توفي سنة ٧٩٩ هـ .
شجرة النور الزكية ص ٢٢٢ ، نيل الابتهاج ص ٣٠ .

(٢) الاسطوان في عرف المغاربة هو دهليز الدار في عرف المشارقة . تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٥ .
والدهليز : هو مدخل الدار . المصباح المنير جـ١ ص ٢١٦ .

(٣) تبصرة الحكام جـ٢ ص ٣٦٥ .

(٤) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري جـ ١٢ ص ٢٤٣ ، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٤ ص ١٣٨ ولفظ مسلم : " ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لو ان رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح) المراد بالجناح : الحرج ، ورواه مسلم ايضا من وجه آخر بلفظ : " من اطلع في بيت قوم بغير اذنهم فقد حل =

فقد أهدر صلى الله عليه وسلم عين المطلع على عورات الغير صيانة للعورات وحفظها للاعراض وابعادا عن الشبه ، وفتح النوافذ التي يطلع منها على عورات الغير تعتبر وسيلة للاطلاع وماكان وسيلة الى المحرم فهو محرم . فيكون فتح النوافذ بتلك الصفة محرما . والنهي عن الاطلاع في الحديث شامل لكل مالا ينبغي ان يراه الغير . قال ابن حجر: " ان التطلع الى مافي داخل البيت لم ينحصر في النظر الى شيء معين كعورة الرجل مثلا بل يشمل استكشاف الحريم وما يقصد صاحب البيت ستره من الامور التي لا ينبغي اطلاع كل أحد عليها " (١) .

وفي وقتنا الحاضر تعددت ادوار المباني وتساهل الناس في فتح نوافذ على الطرق النافذة ترى منها عورات الغير في حدائق المنازل ونحو ذلك . وهذا أمر يدعو للأسى والحزن .

ولعل السبب في ذلك أن تصاميم المباني التي أتى بها عند ما استحدثت وسائل البناء المسلح في دول اجنبية فأتى بالمواد والتصاميم معا . والتصاميم اذا كانت تتلاءم مع دول تختلف في أخلاقها مع اخلاق المسلمين فلا يجوز ان تطبق على المسلمين وانما يجب ان يستحدث للمسلمين تصاميم في مبانيهم تتفق واخلاقهم الاسلامية ويتحمل مسئولية ذلك مهندسو تصاميم المباني من أبناء المسلمين فيجب عليهم ان يعملوا فكرهم في ايجاد مخططات وتصاميم تتفق

= لهم ان يفقؤا عينه) صحيح مسلم جـ ١٤ ص ١٣٨ .
وقد اخرج الحديث الاول ابن ابي عاصم من وجه اخر عن ابن عيينة بلفظ (ماكان عليك من حرج) ومن طريق ابن عجلان عن ابيه عن الزهري عن ابي هريرة (ماكان عليك من ذلك من شيء) فتح الباري جـ ١٢ ص ٢٤٤ .

(١) فتح الباري جـ ١٢ ص ٢٤٥ .

واخلاق المسلمين . وليس هذا بعسير ففتح النوافذ ممكن ان يستفاد منه في التهوية والاضاءة دون أن يترتب عليه رؤية عورات الغير مهما تعددت أدوار المباني وذلك بأن تكون النوافذ ارفع من مستوى قامة الانسان مثلا كما ورد في الاثر عن عمر رضي الله عنه . قال في المدونة [1] : (أخبرنا ابن لهيعة انه كتب الى عمر بن الخطاب في رجل احدث غرفة على جاره ففتح عليها كوى . فكتب اليه عمر بن الخطاب ان يوضع وراء تلك الكوى [2] سرير ويقوم عليه رجل فان كان ينظر الى مافي دار الرجل منع من ذلك . وان كان لا ينظر لم يمنع من ذلك) .

وأيضا يمكن ان يوضع امام فتحة النافذة على بعد يسير حاجز عن رؤية المقابل مع السماح لمرور الهواء والضوء الى داخل المنزل . كما يتمكن معه صاحب المنزل من رؤية الشارع تحته .

وسيأتي بيان نماذج لذلك عند الكلام عن حق الجوار ان شاء الله .

• • •

---

(١) جـ ١٥ ص ١٩٧ ، الاعلان في احكام البنيان لوح ٢٥ .

(٢) الكوى : جمع كوة وهي الثقبة في الحائط . المصباح المنير جـ ٢ ص ٢٠٧ .

المبحث الثالث

اشراع الاجنحة (البلكون) ونحوها فى هواء الطريق النافذة

الارتفاق بهواء الطريق كوضع جناح [١] أو ساباط [٢] أو ظلة [٣] ونحو ذلك فيه لايخلو اما ان يكون مضرا بالمارة أولا .

فان كان مضرا فلا يجوز وضعه بلا خلاف بين أهل العلم أذن بذلك الامام أو لم يأذن لقوله صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولا ضرار) [٤] . ولان الحق فى الطريق النافذة ليس خاصا بفرد وانما هو للعامة فيلزم منع كل مايضر بالحق العام [٥] . وكونه لايجوز مع اذن الامام لان ولاية الامام نظرية فلا يجوز له ان يتصرف فيما يضر العامة كولى الصبى .

وان كان اشراع الاجنحة ونحوها على الطريق النافذة غير مضر فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

---

(١) الجناح : وهو مايبرز على هواء احد جانبى الطريق على اطراف خشب او حجر او نحو ذلك . المطلع على ابواب المقنع ص ٢٥١ .

(٢) الساباط : سقيفة تحتها ممر نافذ والجمع سوابط (المصباح المنير ج ١ ص ٢٨٣ . والفرق بينه وبين الجناح ان الساباط يغطى الطريق من جانبين فيكون مستوفيا لعرض الطريق بينما الجناح يكون بارزا من احد الجانبين ولا يستوفى عرض الطريق .

(٣) الظلة : مايوضع فوق الباب ويكون له بروز على الشارع .

(٤) سبق تخريجه ص (١٦٥)

(٥) اسنى المطالب ج ٢ ص ٢١٩ .

القول الاول :

جوازه مطلقا سواء أذن الامام اولم يأذن . وبهذا قال المالكية (١) والشافعية (٢) ومحمد بن الحسن من الحنفية (٣) ، واستدلوا لذلك بمايلي :

١ - قياس الجناح ونحوه على الميزاب ، فان النبى صلى الله عليه وسلم وضع الميزاب بيده فى دار عمه العباس والميزاب انما يشرع فى هواء الطريق فكذا الجناح ونحوه من ساباط وظلة فانها كلها استغلال لهواء الطريق فما جاز فى الميزاب يجوز فيما هو مثله من الجناح ونحوه (٤) .

٢ - اتفاق الناس على اشراع الاجنحة على الشوارع والطرقات النافذة فى كل عصر من غير انكار على أحد فى ذلك (٥) .

القول الثانى :

المنع مطلقا سواء أذن بذلك الامام اولم يأذن . وبهذا قال بعض الحنابلة فى رواية مرجوحة اختارها ابن قدامة (٦) .

---

(١) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٢-١٧٣ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٧٢ ، الاعلان فى احكام البنيان لوح ١٥٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٣٣ ، بلغة السالك على الشرح الصغير جـ٢ ص ١٧٧ .

(٢) فتح العزيز جـ١٠ ص ٣٠٨ ، اسنى المطالب جـ٢ ص ٢١٩ .

(٣) العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، حاشية ابن عابدين رد المحتار جـ ٥ ص ٣٨٠ .

(٤) فتح العزيز جـ١٠ ص ٣٠٨ ، اسنى المطالب جـ٢ ص ٢١٩ .

(٥) المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .

(٦) الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٥ - ٢٥٦ ، المغنى جـ٤ ص ٥٥١ .

واستدلوا لذلك بما يلي :

١ - ان اخراج الاجنحة ونحوها فى هواء الطريق النافذة يعتبر تصرفا فى ملك الغير بغير اذنه فلا يجوز لان الطريق النافذة ملك لجماعة المسلمين اشبه ما لو أراد ان يتخذ تلك الاجنحة فى هواء طريق غير نافذ بدون اذن أهله (١) .

٢ - ان اخراج الاجنحة ونحوها لا يخلو عن نوع ضرر بالغير لانه قد يؤدى الى اظلام الطريق حيث يحجز عنه الضوء كما انه يحتمل السقوط على المارة ولا شك ان فى ذلك ضررا محتملا فيجب منعه بعدم جواز اخراج الاجنحة ونحوها (٢) .

٣ - ان اخراج الاجنحة ونحوها اذا لم يكن فيه ضرر عند احداثه فانه مظنة حصول الضرر فى المآل فقد تعلو الارض بمرور الزمان فتصطدم رؤوس الناس بهذه الاجنحة كما يترتب عليه منع مرور ذوات الاحمال ونحو ذلك وما يفضى الى الضرر فى ثانى الحال يجب المنع منه فى ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على المارة فانه يمنع منه دفعا للضرر المتوقع (٣) .

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٢ ، الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٨ .
(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٢ ، الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٩ .
(٣) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٢ ، الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٩ .

القول الثالث :

جواز اشراع الاجنحة ونحوها فى هواء الطريق النافذة فى حال ما اذا أذن بذلك الامام او نائبه . وان لم يأذن لم يجز وبهذا قال ابوحنيفة وابويوسف(١) وهو المذهب عند الحنابلة وعليه جماهير الاصحاب(٢) .

وعلل لذلك : بأن الطرق النافذة من حقوق المسلمين العامة والتدبير فى مثلها من حق الامام فلا يجوز لاحد ان يحدث فيها بغير اذنه فان أحدث شيئا من ذلك بغير اذنه فهو مفتات عليه فيما اليه تدبيره فلم يجز. (٣)

ويرى أبوحنيفة ان لكل أحد الحق فى منع من أراد وضع شئ فى هواء الطريق النافذة بدون اذن الامام وان وضعه فله ايضا نقضه .

ويرى ابويوسف : ان لكل واحد من العامة الحق فى المنع من الوضع لا النقض(٤) .

ووجه قول أبى حنيفة : أن كل واحد صاحب حق في المرور بنفسه ودوابه فكان له حق فى النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد من الشركاء حق النقض لو احدث احد فيه شيئا بغير اذن الشركاء فكذا الحق المشترك (٥)

---

(١) العناية وتكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٠-٣٣١ ، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٨٠) .

(٢) الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٤ - ٢٥٥ .

(٣) العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣١ رد المحتار جـ ٥ ص ٣٨٠ .

(٤) العناية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٣٨٠ .

(٥) الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ .

ووجه قول أبي يوسف : انه قبل الوضع لكل أحد يد في الطريق فالذي يحدث فيه شيئا يريد ان يجعلها في يده خاصة وأما بعد الوضع فقد صار في يده . فالذي يريد نقضه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه ومادام كذلك فهو متعنت ومضار .(١)

- الراجح :-

الذي يظهر لي أن الراجح ما ذهب اليه اصحاب القول الثالث من جواز اتخاذ الاجنحة ونحوها على الطريق النافذة في حال ما اذا اذن بذلك ولي الامر فان لم يأذن لم يجز .

لما ذكروه من اختصاص ولي الامر بتدبير حقوق المسلمين وأموالهم العامة . والطريق النافذة من منافع المسلمين العامة فكان اذن ولي الامر لاحد بالانتفاع بشيء منها على جهة الخصوص قائم مقام اذن العامة .

وفي وقتنا الحاضر اسندت مهمة الاذن بالبناء الى ادارات البلديات في المدن والقرى (٢) فلا يسمح لاحد ان يقوم باي انشاءات أو مبان الا بعد تقديمه للتصاميم والرسوم التي يريد البناء على وفقها فينظر فيها اهل الاختصاص من المهندسين ويقررون منها ما يتفق مع المصلحة العامة ويرفضون ما عداه فقد

---

(١) العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، حاشية ابن عابدين ، رد المحتار شرح الدر المختار جـ ٥ ص ٣٨٠ .

(٢) انظر المادة (٩) من النظام العام لامانة العاصمة والبلديات الصادر في ٢٠/٧/١٣٥٧ هـ والمادة (٥) من نظام البلديات والقرى الصادر في ٢١/٢/١٣٩٧ هـ .

يكون اخراج الاجنحة فى موضع ضرر وفى موضع آخر لا ضرر فيه فيمنع ما فيه ضرر ويؤذن لما عداه . وقد يراعى سعة الطريق وضيقه . فاذا كان واسعا او كان على ميدان فسيح أذن لصاحب البناء باخراج الاجنحة واذا كان ضيقا لم يؤذن له كما انه قد يراعى مساحة البروز على الشارع . وايضا فانه قد يختلف ذلك بحسب ما خصص له الطريق فالطريق الرئيسى الذى تسير فيه جميع انواع العربات غير الطريق الخاص بنوع معين كالعربات الصغيرة وغير الطريق المخصص للمشاة الى غير ذلك من الاعتبارات فكان لابد من اذن ولى الامر او من ينوب عنه فى اتخاذ الاجنحة ونحوها على الطرق النافذة دفعا للضرر ومراعاة للحقوق العامة .

هذا ما ظهر لى انه الراجح . ويجاب عن أدلة الاراء المخالفة لذلك بما يأتى :

أولا : الجواب عن أدلة القول الاول :

١ - يجاب عن قياسهم الاجنحة على الميزاب بانه قياس مع الفارق . فان ما يشغله الميزاب قدر يسير بالنسبة للاجنحة والساباط . ثم ان حاجة الميزاب ماسة لتصريف المياه وليست الاجنحة ونحوها كذلك فان الاستغناء عنها ممكن واذا كان هناك داع اليها فبامكان من أراد ذلك ان يستأذن ولى الامر فينظر فى طلبه ان كان ممكنا ولا محذور منه أذن له والا فلا .

٢ - يجاب عن دعوى اتفاق الناس على اشراع الاجنحة على الطرق النافذة فى كل عصر من غير انكار بان هذه دعوى لا تسلم بدليل وجود الخلاف

بين العلماء فى هذه المسألة فقد نقل عن بعض الحنابلة القـــول بمنع اشراع الاجنحة ونحوها مطلقا ولو اذن بذلك الامام .

ثانيا : الجواب عن أدلة القول الثانى :

١ - يجاب عن قياسهم اتخاذ الاجنحة على الطريق العامة على اتخاذها على الطريق غير النافذة فى اشتراط الاذن من اهل الطريق بانـــه قياس مع الفارق . فان اصحاب الطريق غير النافذة محصورون ويمكـن أخذ الاذن منهم . .بينما اصحاب الطريق النافذة يستحيل حصرهـم وأخذ الاذن من كل واحد منهم ولذا فان رعاية الطريق النافـــذة وما فى معناها من اختصاص ولى الامر واذنه يقوم مقام اذنهم لانه نائـب عنهم فى الأموال والحقوق العامة .

٢ - وقولهم : ان اخراج الاجنحة ونحوها لا يخلو من الضرر يجاب عنـــه : بان ماكان من الضرر فاحشا فهو ممنوع باتفاق ، وماكان منه يسيرا فانه يحتمل ويلزم صاحب الجناح ونحوه بان يحتاط فى منع حدوث الضرر ما امكن فيتعاهد ما أخرج فى هواء الطريق بالصيانة ويلاحظ ماقـد يسببه من أضرار فيزيله .

٣ - وقولهم : ان اخراج الاجنحة ونحوها مظنة حصول الضرر مع مـــرور الزمان .

يجاب عنه : بان على صاحبه ان يحتاط قدر الامكان فى رفع بنائه بمـا لا يجعل مثل هذا الشئ حاصلا فى المآل .

٤ - وقياسهم بناء الاجنحة على بناء الحائط المائل قياس مع الفـــارق فان الحائط المائل احتمال الضرر منه ظاهر وقت انشائه وليـــس في اخراج الاجنحة ونحوها وقت انشائها شيء من ذلك .

والله أعلم .

—•—

المبحث الرابع

البناء والغرس فى الطريق النافذة

البناء والغرس فى الطريق النافذة اما أن يكون مضرا بالعامة كأن يضيق على المارين أو يكون مصدر أذى لهم أو لا .

فان كان مضرا فلا خلاف بين العلماء فى عدم جوازه [1] لعموم قوله صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولا ضرار) [2] .

وان كان غير مضر فاما ان يكون البناء او الغرس لمنفعة عامة واما ان يكون لمنفعة خاصة بآحاد الناس .

فان كان لمنفعة عامة كبناء مسجد أو مظلة او مكان استراحة ونحو ذلك فللعلماء فيه قولان :

القول الأول :

الجواز مطلقا أذن بذلك الامام اولم يأذن . وبهذا قال الحنفية [3] والمالكية [4] وبعض الشافعية [5] ، وهو رواية عند الحنابلة [6] .

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٢ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٤ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٠٨ .
(٢) سبق تخريجه . انظر ص (١٦٥)
(٣) رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٣٨٠ .
(٤) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٣ .
(٥) حاشية البجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٨٦ .
(٦) القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٥ .

وقد يعلل لهذا القول :

بأن البناء والغرس مادام أنه للعامة ولا ضرر منه والطريق حق للعامة فهذا التصرف لم يخرج عن مصلحة العامة فلايحتاج لاذن .

القول الثاني :

الجواز في حال ما اذا أذن بذلك الامام وان لم يأذن لم يجز ، وبهذا قال الشافعية في المعتمد من المذهب [1] وعليه الاكثرون الحنابلة [2] قال الامام أحمد رحمه الله " أكره الصلاة في المسجد الذي يؤخذ من الطريق الا أن يكون باذن الامام " [3] .

وقد يعلل لهذا القول :

بأن منفعة الطريق هي المرور فيها والبناء او الغرس فيها يعتبر تصرفا في حقهم فكان لابد من اذنهم به . ولما كان الامام نائبا عنهم في الحقوق العامة ومنها الطريق فان اذنه قائم مقام اذنهم . فما لم يأذن لم يجز لما فيه من الافتيات عليه فيما اليه تدبيره .

الراجح :

الذي يظهر لي ان الراجح ماذهب اليه اصحاب القول الثاني من اشتراط اذن الامام في البناء والغرس في الطريق ولو كان ما يقصد به نفع

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب ج ٣ ص ٨٦ .

(٢) القواعد في الفقه الاسلامي ص ٢١٥ .

(٣) القواعد في الفقه الاسلامي ص ٢١٥ .

عامة المسلمين . لان الطريق حق من حقوقهم فلا يجوز التصرف فيه الا باذنهم واذنهم غير متصور ولكن يقوم مقامه اذن الغائب عنهم وهو الامام او من ينيبه . ولان عدم اشتراط الاذن يؤدى الى العبث بالطريق ويفضى الى النزاع والخصام فكان لابد فى البناء فى الطريق من الاستئذان .

ويلحق بذلك ماينبنى فى وقتنا الحاضر فى الشوارع والطرقات من مبان للتجميل والتحسين والاستظلال والجلوس وغرس الاشجار لذلك ولتلطيف الهواء ونحو ذلك . ويتولى احداث هذه الامور ادارة البلديات فى المدن والقرى باسناد ولى الامر هذه الاختصاصات اليها كما جاء فى نظام البلديات فى المدن والقرى (١) . فتصرفها حينئذ بمثل هذه الامور تصرف من جهة ولى الامر كما ان الاستئذان يكون منها لمن اراد القيام ببناء اوغرس فى الطريق لنفع المسلمين .

وان كان البناء والغرس لمصلحة خاصة كبناء دكة (٢) امام منزل أوحانوت اوغرس شجرة ونحو ذلك لينتفع بها صاحب المنزل او الحانوت على الخصوص فقد اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الاول :

المنع مطلقا . فلايجوز لاحد ان يحدث شيئا من البناء او الغرس فى الطريق النافذة سواء أذن بذلك الامام اولم يأذن .

---

(١) انظر نظام البلديات فى المدن والقرى مادة (٥) .

(٢) الدكة : بناء مرتفع مستو اعلاه يتخذه بعض الناس للجلوس عليه بجانب ابواب منازلهم وحوانيتهم . وقد يطلق عليه اسم المسطبة او الدكان . لسان العرب جـ١ ص ٢٢٥ ، المصباح المنير جـ١ ص ٢١٢ .

وبهذا قال الحنابلة [١] وهو أصح الوجهين عند الشافعية [٢] وعللوا لذلك بما يلى :

١ ـ ان احداث شىء من البناء أو الغراس فى الطريق النافذة مهما كانت واسعة مظنة الحاق الضرر بالمارة عاجلا اوآجلا فقد ياتى يوم يكثر فيه الناس فيضيق عليهم ويزدحمون فيه [٣] .

٢ ـ ان البناء والغرس فى الطريق النافذة لابد وأن يكون مصدر أذى بالمارة [٤] .

٣ ـ ان البناء والغرس فى ذلك الطريق يؤدى مع طول الزمن الى الاستيلاء على جزء منه فانه اذا طال زمن البناء والغرس ظن أن موضعهما ملك لصاحبهما فينقطع اثر استحقاق الطروق فى ذلك الموضع ويقتطع جزء من الطريق [٥] .

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٢ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٧ .

(٢) فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٠٨ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٤ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢١٩ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٣ ، حاشية البجيرمى على الاقناع جـ ٣ ص ٨٥ - ٨٦ .

(٣) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٢ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٠٨ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢١٩ .

(٤) المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .

(٥) فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٠٩ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢١٩ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٣ ، الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع جـ ٣ ص ٨٦ .

القول الثاني :

جواز ذلك اذا أذن الامام به وان لم يأذن فلكل احد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع . وبهذا قال ابوحنيفة وابويوسف (١) . فان وضعه بغير اذن الامام فيرى أبوحنيفة ان لكل أحد المطالبة برفعه لانه تصرف فيه افتيات على الامام فيما اليه تدبيره (٢) . ويرى أبويوسف انه بعد الوضع لا يطالب برفعه لانه بالوضع صار فى يده خاصة والذى يخاصمه بعد ذلك انما يريد ابطال يده الخاصة من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنتا . واما قبل الوضع فليس كذلك . لانه ليس فيه ابطال يده الخاصة ولكل أحد يد فيه . والذى يريد الاحداث يقصد ابطال ايديهم العامة وادخاله فى يده الخاصة فكان لكل أحد أن يمنعه من ذلك (٣) .

القول الثالث :

جواز بناء الدكة وغرس الشجرة فى الطريق النافذة مطلقا سواء أذن بذلك الامام أو لم يأذن مادام انه لا يضر بأحد ولا يحق لاحد ان يعترض على ذلك لا قبل الوضع ولا بعده .

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٢-١٤٣ ، تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٠ العناية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٣٨٠ .

(٢) العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٠-٣٣١ .

(٣) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٢-١٤٣ ، العناية جـ ٨ ص ٣٣٠ .

وبهذا قال المالكية (1) ومحمد بن الحسن من الحنفية (2) وهو وجه للشافعية (3) .

وعلل محمد لذلك : بأن بناء مثل هذا مادام انه لا يضر بأحد مأذون به شرعا فكل من أراد ذلك أن يضعه كما لو أذن به الامام . بل أولى لان اذن الشارع أحرى وولايته أقوى . فصار كالمرور حيث لا يجوز لاحد أن يمنع منه (4) .

الراجح :-

الذى يظهر لى أن الراجح ماذهب اليه أصحاب القول الاول من منع البناء والغرس فى الطرق النافذة للمصلحة الخاصة مطلقا . وانه لا يجوز الاذن لاحد بذلك لما ذكروه من التعليلات . فان وجود تلك الاشياء فى الطرق النافذة شأنه الحاق الضرر بالعامة مع أنه وسيلة لدعوى صاحب البناء والغرس ملكية موضعهما وهذا يؤدى الى ماحذر منه صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه سعيد بن زيد انه صلى الله عليه وسلم قال : (من اقتطع شبرا من الارض ظلما طوقه الله يوم القيامة اياه من سبع أرضين) متفق عليه (5) فيكون غاصبا لجزء من طريق المسلمين وهذا محرم والوسيلة الى المحرم محرمة .

---

(1) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٥٨ .

(2) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٣ ، تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٠ ، العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) جـ٥ ص ٣٨٠ .

(3) فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٠٨ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٤ .

(4) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٣ ، العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٠ .

(5) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ٥ ص ١٠٣ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١١ ص ٤٨ .

المبحث الخامس

الحفر في باطن الطريق النافذة

الحفر في باطن الطريق النافذة لا يخلو اما أن يكون لارتفاق عامة المسلمين به واما ان يكون لارتفاق آحاد الناس .

فان كان لارتفاق العامة كحفر بئر ليستقي منه الناس ويشرب منه المارة او حفر حفرة لينزل فيها ماء المطر عن الطريق ونحوذلك نظر . فان كان يترتب على هذا الحفر ضرر كان يضيق الطريق على المارة او يخشى عليهم من السقوط فيه ونحوذلك لم يجز بلا خلاف بين أهل العلم (١) لان الضرر حينئذ اكثر من النفع والضرر يجب منعه لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) فهو حينئذ مفسدة ودرء المفاسد اولى من جلب المنافع (٢) .

وان كان لا يترتب على ذلك الحفر ضرر بأحد فهل يشترط له اذن الامام أولا ؟ قولان للعلماء :

القول الاول :

يشترط اذن الامام فان لم يأذن لم يجز وبهذا قال ابوحنيفة وابويوسف (٣) وبعض الحنابلة (٤) .

---

(١) الهداية وشرحها تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٠ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٣ . المغني جـ ٤ ص ٥٥٣ ، حاشية البجيرمي على الخطيب جـ ٣ ص ٨٦ ، حاشية قليوبي جـ ٢ ص ٣١١ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية مادة (٣٠) .

(٣) العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٣٨٠-٣٨٣ .

(٤) القواعد في الفقه الاسلامي ص ٢١٤ .

وقد يعلل لذلك :

بأن منفعة الطريق النافذة هى مرور العامة فيها والحفر فيهـــا يعتبر تصرفا فى حقهم فكان لابد من اذنهم به ولما كان الامام نائبا عنهم فـــى الحقوق العامة ومنها الطريق فان اذنه قائم مقام اذنهم فما لم يأذن لم يجـــز لما فيه من الافتيات عليه فيما اليه تدبيره .

القول الثانى :

لا يشترط اذن الامام فيجوز الحفر فى الطريق لنفع عامة المسلمين ولو لم يأذن بذلك الامام مادام انه لا يضر بأحد . وبهذا قال المالكية (١) ، والشافعية (٢) ومحمد بن الحسن (٣) وبعض الحنابلة (٤) .

وقد يعلل لهذا القول :

بأنه مادام التصرف فى الطريق انما هو لحق العامة والطريـــق للعامة فذلك التصرف لم يخرج عن كونه لمصلحة العامة فلايحتاج لاذن .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح ماذهب اليه اصحاب القول الاول مـــن

---

(١) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٣ .
(٢) حاشية البجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٨٦ ، حاشية قليوبى جـ ٢ ص ٣١١ .
(٣) العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، رد المحتار جـ ٥ ص ٣٨٠ ، ٣٨٣ .
(٤) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٣ ، القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٤ ، كشـــاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٧ .

اشتراط اذن الامام فى الحفر ولو كان ذلك لارتفاق العامة به لان الطريق فيه حق لعامة المسلمين فينبغى ان لا يحدث فيه شىء الا باذن من ينوب عنهم فى العناية به واصلاحه والقيام بشئونه وهو الامام . وفى وقتنا الحاضر اسندت مهمة العناية بالطرق الى ادارة البلدية فى المدن والقرى فيجب على من أراد ان يحدث فى الطرق النافذة اى تصرف من حفر بئر او تمديد أنابيب الماء او مجارى الصرف والامطار او مد اسلاك الكهرباء والهاتف ونحو ذلك ان يحصل على اذن من ادارة البلدية بذلك فتحدد له المكان الذى يحفر فيه كما ان عليه ان يحتاط فى عمل الاشارات التحذيرية عند الحفر وبعد الانتهاء عليه ان يحكم الردم واعادة الطريق كما كان قبل الحفر وان كان المحفور بئرا او نحوه عليه ان يضع عليه من الحواجز ما يمنع من السقوط فيه .

كما أن عليه ان يتقن عمل ما حفر له فى الطريق فاذا كانت انابيب مياه شرب او انابيب مياه صرف لزمه احكام ربطها حتى لا تتسرب منها المياه فتضر ما حولها من منازل وتنشأ عنها المستنقعات واذا كان الحفر لاسلاك كهرباء او هاتف لزمه عمل الوقاية لها من احتمالات الخدش ونحو ذلك الى غير ذلك من الاحتياطيات اللازمة للسلامة من الاخطار على ان مثل هذه الاعمال فى ايامنا هذه انما تناط بجهات حكومية مختصة فهى التى تقومها وتنفذها حسب المواصفات والشروط المعتادة . فاذا اوكل امر ذلك فى بعض الحالات الى الافراد فان لتلك الجهات حق الاشراف والمراقبة عليه منعا لما قد يحدث من ضرر .

وان كان الحفر فى الطريق النافذة لارتفاق آحاد الناس كمن حفر سردابا تحت طريق نافذ بين داريه المتقابلتين على جانبى الطريق ليمر من احداهما الى الاخرى او حفر حفرة لتصريف المياه المستعملة ونحو ذلك ، فان كان يترتب على هذا الحفر ضرر كأن يضيق الطريق على المارة او يؤثر على ما حوله من مبان او تكون الحفر مصدر للاذى كسقوط الناس فيها ونحو ذلك ، لم يجز بغير خلاف بين أهل العلم (١) ، لان الضرر لا يجوز احداثه لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) .

وان كان لا يترتب على ذلك الحفر ضرر فللعلماء فيه ثلاثة أقوال :

القول الأول :

المنع مطلقا فلا يجوز لأحد أن يحفر فى الطريق النافذة لنفسه سواء ترك الحفر ظاهرا او غطاه ، وسواء أذن بذلك الامام او لم يأذن بل ولا يجوز للامام أن يأذن بذلك .

وبهذا قال الشافعية وهو المعتمد فى المذهب (٢) وهو قول الحنابلة (٣) .

---

(١) الهداية جـ ٨ ص ٣٣٠ ، ٣٣٤ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٣ ، حاشية قليوبى جـ ٢ ص ٣١١ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٥٣ .

(٢) حاشية البجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٨٦ ، حاشية القليوبى جـ ٢ ص ٣١١ .

(٣) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٣ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٧ ، القواعد فى الفقه الاسلامى ص ٢١٤ ، ٢١٧ .

وعلل لذلك الحنابلة : بأن الطريق ملك للمسلمين كلهم فلايجوز ان يحدث فيها شئ بغير اذنهم واذنهم كلهم غير متصور (١) .

القول الثاني :

جواز الحفر لارتفاق آحاد الناس ولو لم يأذن بذلك الامام مادام انه لا يضر بأحد وبهذا قال المالكية (٢) ومحمد بن الحسن وبعض الشافعية (٣) .

قال الحطاب (٤) " وفي كتاب ابن حبيب (٥) قلت لمطرف وابن الماجشون : والكنف التي تتخذ في الطريق يحفرها الرجل بلصق جداره ثم يواريها . أله أن يمنع من ذلك ؟ قال : لا . اذا واراها وغطاها واتقن غطاءها وسواها بالطريق حتى لا يضر مكانها بأحد فلا أرى أن يمنع . وماكان

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٧ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٣ .

(٣) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١١ .

(٤) الحطاب : هو ابوعبدالله محمد بن عبدالرحمن الرعيني المعروف بالحطاب الكبير الاندلسي الاصل الطرابلسي المولد المكي الدار الامام المالكي العمدة العالم ولد سنة ٨٦١ هـ وتوفى سنة ٩٤٥هـ .
شجرة النور الزكية ص ٢٦٩ .

(٥) ابن حبيب : هو ابومروان عبدالملك بن حبيب بن سليمان السلمي القرطبي . الفقيه الاديب العالم انتهت اليه رئاسة الاندلس في المذهب المالكي بعد يحي بن يحي سمع من ابن الماجشون ومطرف واصبغ له مؤلفات كثيرة منها في الفقه الواضحة والسنن . توفي سنة ٢٣٨ هـ .
الديباج المذهب ص ١٥٤ ، شجرة النور الزكية ص ٧٤ ، ٧٥ .

من ذلك ضرر بأحد منع منه "(١) .

وقال النووى (٢) " قال الروياني : اذا كان بين داريه طريق نافذ فحفر تحته سردابا من احداهما الى الاخرى وأحكمه بالازج (٣) لم يمنع " .

وعللوا لذلك : بأن الحفر انتفاع بالطريق من غير الحاق ضرر بأحد فكان جائزا كالمرور .

القول الثالث :

جواز الحفر فى الطريق النافذة فى حال ما اذا اذن الامام بذلك وان لم يأذن لم يجز . وبهذا قال ابوحنيفة وابويوسف (٤) .

وعللوا لذلك : بأن الطريق النافذة من الحقوق العامة للمسلمين ورعاية الحقوق العامة من اختصاص ولى الامر فلا يجوز لاحد ان يتصرف فى شىء منها الا باذنه والا اعتبر مفتاتا على رأى الامام فيما اليه تدبيره (٥) .

---

(١) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٣ .
(٢) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١١ .
(٣) الازج : بيت يبنى طولا . وازجته تازيجا اذا بنيته كذلك . ويقال : الازج : السقف والجمع آزاج مثل سبب واسباب . المصباح المنير جـ ١ ص ١٦ - ١٧ . والذى يظهر لى ان السقف المقوس .
(٤) الهداية وشرحها تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٤-٣٣٥ .
(٥) الهداية وشرحها تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٣٣٥ .

الراجــح :

الذى يظهر لى أن الراجح ما ذهب اليه أصحاب القول الثالث من جواز ارتفاق آحاد الناس بالحفر فى الطريق النافذة بشرط اذن الامام ما دام انه لا يضر بأحد . لان الارتفاق بباطن الارض لا يتنافى مع المقصد الاصلى من الطريق وهو المرور . فمن حفر بئرا او حفرة واتقن البناء والسقف واحكم الغطاء عليها فان عمله هذا لا يؤثر على المارة بشىء ولا يبطل حقا من حقوقهم وكذا مد الانابيب والاسلاك ونحو ذلك .

واشتراط اذن الامام بذلك لاجل حفظ حق العامة من العبث لئلا يتساهل الناس فى ذلك فينتج عن تصرفهم اضرار تلحق بالعامة ولئلا يحصل بينهم الخصام والنزاع .

وتعليل الحنابلة بانه لابد من اذن العامة واذن جميعهم غير متصور . يجاب عنه بان الامام نائب عن العامة فى الاموال والحقوق العامة فاذا اذن فى شىء من ذلك كان كاذنهم جميعا .

وفى وقتنا الحاضر لا يسمح بشىء من ذلك الحفر الا بعد حصول الاذن من ادارة البلدية وهى تمثل الامام فى هذا الجانب لانه جعل من وظائف البلدية رعاية مثل هذه الامور. (١)

...

---

(١) انظر نظام البلديات والقرى مادة (٥) .

الفصل الثانـــى

فى التصرف فى الممر الخاص (الطريق الخاصة)

الممر الخاص : هو الطريق التى اختص بها فرد او أفراد معينون وذلك كالطرق غير النافذة فانها مشتركة بين أصحابها دون غيرهم .

وملكية هذه الطرق تثبت لمن يفتحون ابوابهم عليها دون غيرهم ممن تلتصق جدرانهم بها فقط (١) . فلا يجوز لغير اهلها ان يحدثوا فيهـــا أى تصرف الا باذنهم .

وللعامة فى تلك الطريق حق فلهم دخولها عند ما يزدحم الطريق العامة وكذا من أراد الاتصال بمن فيها فان له ان يدخلها ولا يحتاج الى استئذان البقية لان قرائن الاحوال تدل على جواز مثل ذلك (٢) .

وهذا اذا لم يكن فى الطريق غير النافذة مسجد أو وقف على جهة عامة كمدرسة او رباط او بئر ونحو ذلك فان كان فيها ذلك فانها تاخذ احكام الطريق النافذة لمشاركة عامة المسلمين لاهل هذه الطريق فى حق المرور فيها الـــى المسجد ونحوه (٣) .

---

(١) جامع الفصولين جـ٢ ص ١٩٧ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٨٤ ، اسنى المطالب جـ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٨٥ ، اسنى المطالب جـ٢ ص ٢٢٠-٢٢١ ، وانظر الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤١٥ ، العقود الدريـــة جـ ٢ ص ٢٦٣ ، جامع الفصولين جـ٢ ص ١٩٧ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢١ ، حاشية البجيرمى جـ ٣ ص ٨٦ - ٨٧ . حاشية قليوبى جـ٢ ص ٣١٢ .

مقدار نصيب كل شريك فى الطريق الخاصة :

اذا كانت الطريق الخاصة مشتركة بين جماعة لهم فيها أبواب على مسافات متباينة فباب بعضهم فى أعلاها وبعضهم فى أسفلها . فهل الشركة بينهم تعتبر فى جميع الطريق من أوله الى آخره او بينهم تفاوت فى الاستحقاق ؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

القول الاول : ان الشركة بينهم فى الطريق كلها من أعلاها الى أسفلها بصرف النظر عن موقع باب كل منهم . وبهذا قال بعض الحنفية (١) وهو وجه للشافعية (٢) .

وعللوا لذلك : بانه وان كان باب أحدهم فى أعلى الطريق الا أنه ربط احتاج الى التردد والارتفاق بكل الطريق لاى سبب من الاسباب فكان له ذلك دفعا للحرج عنه . (٣)

القول الثانى :

ان الشركة بينهم فى الطريق ليست فى جميعه وانما يشترك كل واحد منهم فى المسافة مابين اعلى الطريق الى موضع بابه فقط دون ماتجاوز ذلك .فالشركة

---

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٢٨٤ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤١٧ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ ، شرح المنهاج وحاشية قليوبى جـ ٢ ص ٣١٢ .
(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ، ص ١٨٤ .

له فى باقى الطريق . لان حقه فى المرور انتهى بموضع بابه .

وبهذا قال بعض الحنفية (١) وهو أصح الوجهين عند الشافعية (٢) وبه قال الحنابلة (٣) .

وعللوا لذلك : بأن مابين أعلى الطريق الى بابه هو محل تردده ومروره وماعداه هو فيه كالاجنبى (٤) .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح ماذهب اليه اصحاب القول الثانى من أن اشتراك كل واحد هو فيما بين اعلى الطريق الى بابه ولا حق له فى الشركة فيما جاوز ذلك . لان حاجته غالبا تنتهى بذلك .

وتعليل اصحاب القول الاول : بان من كان فى اعلى الطريق ربما احتاج الى كل الطريق للتردد ونحوه يجاب عنه بان حاجته الى ذلك تكون فى الغالب نادرة فلا يستوى هو ومن بعده فى ذلك . والله أعلم .

...

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٤ .
(٢) اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ ، شرح المنهاج وحاشية قليوبى جـ ٢ ص ٣١٢ .
(٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٠ .
(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ .

مدى حق الشركاء فى الطريق الخاصة :

اذا كانت الطريق خاصة باصحابها فهل حق الارتفاق بالمرور فيها مقصور عليهم ؟ وهل لهم ان يتصرفوا فيها بما شاءوا كاحداث انواع ارتفاق أخرى أم لا ؟

هذا ما سنجيب عنه فى المباحث التالية :

المبحث الاول : سد الطريق وقسمتها.

المبحث الثانى : فتح الابواب والنوافذ .

المبحث الثالث : الاحداث فى ظهر الطريق ، وباطنها وهوائها .

—•—

المبحث الاول

سد الطريق الخاصة وقسمتها

اذا كان حق الارتفاق بالمرور فى الطريق الخاصة ثابتا للناس جميعا عند مايزدحم الطريق العام فهل يترتب على ثبوت هذا الحق منع أصحاب الطريق الخاصة من سد أعلاها المتصل بالطريق العامة ؟ أو قسمتها بينهم؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

القول الاول :

أنه لا يجوز سد أعلى الطريق الخاصة ولا قسمتها بين أصحابها وبهذا قال الحنفية (١) .

وعللوا لذلك : بأن للعامة حقا فيها وهو المرور فيها واللجوء اليها عند ازدحام الطريق العامة . فاذا قام اهلها بسدها أو قسمتها فانهم يبطلون حق العامة فيها (٢) . قال فى جامع الفصولين : "ليس لاهل السكة ان ينصبوا على رأس سكتهم دربا ويسدوا رأس السكة لان مثل هذه السكة ولو كانت ملكا ظاهرا - اى لاصحابها - لكن للعامة فيها نوع حق . وهو انه لو ازدحم الناس فى الطريق فلهم ان يدخلوها حتى يخف الزحام . وقال الامام أبو الفضل

---

(١) الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ١١٧ ، مجلة الاحكام العدلية مادة رقم (١٢٢٣) ، درر الحكام شرح المجلة جـ ٣ ص ٢٥٢ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤١٥ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٧ .

(٢) المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة .

عبدالرحمن الكرماني [1] في كتابه الايضاح في سكة لا تنفذ : ليس لأصحابها بيعها ولو اتفقوا عليه ولا اقتسامها فيما بينهم ان الطريق الاعظم اذا كثر فيه الناس كان لهم ان يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام" [2].

القول الثاني :

جواز سد أعلى الطريق الخاصة وقسمتها بين اهلها وبهذا قال الشافعية [3] والحنابلة [4].

وعللوا لذلك : بأن هذه الطريق كسائر الاملاك المشتركة القابلة للقسمة فلأهلها حق التصرف فيها بما شاءوا وهذا اذا اتفقوا على ذلك فان خالف بعضهم لم يجز كما لا يجوز لو وقف بعضهم داره مسجدا أو نحوه .

---

(١) الكرماني : هو ابوالفضل عبدالرحمن بن محمد بن اميرويه بن محمد الكرماني . ولد بكرمان سنة ٤٥٧ هـ وقدم مرو وتفقه على علمائها انتهت اليه رئاسة المذهب الحنفي بخراسان . له عدة مصنفات منها التجريد في الفقه وشرحه الايضاح . توفي بمرو سنة ٥٤٣ هـ . الفوائد البهية ص ٩١ ، ٩٢ .

(٢) جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٧ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤١٥ .

(٣) مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢١ ،

(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ٤١٠ .

الراجح :

الذى أميل اليه هو ماذهب اليه أصحاب القول الاول من عدم جواز سد أعلى الطريق ولا قسمتها لما ذكروه . فانها ليست كالاملاك الخالصة من كل وجه لتعلق حق العامة بها وسدها وقسمتها يبطل هذا الحق ، وحق العامة لا يجوز ابطاله . والله أعلم .

-- • --

المبحث الثانى

فتح الابواب والنوافذ

من كان له أرض متصلة بطريق غير نافذة فأراد بناءها فله ان يفتح لها بابا فى هذه الطريق من أى موضع شاء من أرضه فى أدناها او فى أقصاها .

وكذا له ان يفتح ماشاء من النوافذ على ان لا يضر ذلك بجيرانه من الاطلاع على بعض شئونهم التى لا يرغبون كشفها .

فاذا بنى ذلك وفتح له بابا فى موضع اختاره من ارضه فهل يجوز له بعد ذلك تحويل موضع الباب الى موضع آخر أقرب من الاول أو أبعد ؟ وهل يجوز له أن يفتح بابا آخر فى مكان أقرب أو أبعد من الباب الاول ؟

اختلف العلماء فى ذلك فمنهم من فرق بين كون موضع الباب المحدث أقرب من الباب القديم الى رأس الطريق وكونه أبعد وهم الجمهور . ومنهم من لم يفرق بين ذلك وهم المالكية . وتفصيل ذلك كما يلى :

أولا : رأى المالكية :

اختلف فقهاء المالكية فى حكم فتح أحد الشركاء فى الطريق الخاصة بابا آخر غير بابه الاول سواء أكان المحدث اقرب الى رأس الطريق من الباب الاول أم ابعد . على ثلاثة أقوال :

القول الاول :

انه لا يجوز بحال الا باذن جميع أهل الطريق . وهو قول ابن زرب (1)

---

(1) ابن زرب : هو ابوبكر محمد بن يبقى بن زرب القرطبى قاضى الجماعة بها الامام الفقيه الحافظ ولد سنة ٣١٧ هـ سمع من قاسم بن اصبغ =

وبه جرى العمل بقرطبة (١) .

ويعلل لذلك : بان الطريق الخاصة كالملك المشترك فلايحدث فيها شىء الا باذن أهلها (٢) .

القول الثانى :

جواز ذلك بشرط أن لا يكون الباب المراد فتحه مقابل باب جاره أو قريبا منه لئلا يؤدى ذلك الى التضييق على الجار وبهذا قال ابن القاسم. قال فى المدونة " قلت : أرأيت لو أن زقاقا نافذا او غير نافذ فيه دور لقوم شتى فأراد أحدهم ان يجعل لداره بابين يفتح ذلك فى الزقاق .أو أراد أن يحول باب داره الى موضع من السكة فيمنعه اهل السكة أيكون ذلك لهم أم لا ؟ . قال : ليس له ان يحدث بابا حذاء باب دار جاره او قرب ذلك اذا كانت السكة غير نافذة لان جاره يقول قد كان هذا الموضع من السكة الذى هو حيال بابى الذى تريد انتفتح فيه بابا لدارك لى فيه مرفق افتح بابى وانا فى سترة واقرب حمولتى الى باب دارى فلا أوذى احدا . ولا اتركك تفتح حيال باب دارى بابا او قرب ذلك فتتخذ على فيها المجالس وما أشبه هذا فان هذا ضرر فلايجوز ان يحدث على جاره مايضره به " (٣) . وبهذا

= ومن فى طبقته . لهمصنفات منها كتب الخصال فى الفقه على مذهب الامام مالك عارض فيه كتاب الخصال لابن كابى الحنفى . توفى سنة ٣٦٧ هـ.

الديباج المذهب ص ٢٦٨ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٠ .

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٣٣ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٦٦ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٧٤ ،تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٨.

(٢) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٦٦.

(٣) المدونة جـ ١٤ ص ٥٣١.

قال ابن وهب (١) .

القول الثالث :

جواز ذلك بشرطين :

١ - أن يسد الباب الاول .

٢ - ان لا يترتب على فتح الباب الجديد ضرر بجاره . كان يكون مقابل بابه أو قريبا منه ... وبهذا قال أشهب (٢) .

ثانيا : رأى الجمهور :

الجمهور يفرقون بين كون موضع الباب المحدث اقرب الى رأس الطريق من الباب القديم وبين كونه أبعد .

- ففى الحال الاولى :

وهى ما اذا كان موضع الباب المحدث أقرب الى رأس الطريق من الباب القديم . للعلماء فى حكم فتحه قولان :

القول الاول :

الجواز . سواء أسد الباب الاول أم لم يسده ، وبهذا قال الحنفية (٣) والحنابلة (٤) وهو قول لبعض الشافعية اختاره الاذرعى (٥) .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٨ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٦٦ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٧٤ ، حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٣٣٣ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٨ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٦٦ ، حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٣٣ .

(٣) الفتاوى الخانية جـ٣ ص ١١٧ ، درر الحكام جـ٣ ص ١٨٩ ، جامع الفصولين جـ٢ ص ١٩٦-١٩٧ .

(٤) المغنى جـ ٤ ص ٥٧٠ ، الانصاف جـ٥ ص ٢٥٨ .

(٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٥ .

وعللوا لذلك : بان له حق المرور الى بابه القديم وفتحه بابا دون ذلك انما كان فى موضع له فيه حق المرور . فلم يحدث ارتفاقا جديدا بالمرور وانما نقص من حقه فكان ذلك جائزا له (١) .

القول الثانى :

لا يجوز لاحد الشركاء فى الطريق غير النافذة أن يفتح بابا آخر أقرب الى رأس الطريق الا أن يسد الباب القديم . وبهذا قال الشافعية فى المشهور (٢) عندهم .

وعللوا لذلك : بأن انضمام الباب الجديد الى القديم يورث زحمة فى الطريق فيتضرر به الجيران (٣) .

وضعف الاذرعى هذا التوجيه لقول الشافعية بجواز جعل داره حماما أو حانوتا مع أن الزحمة ووقوف الدواب وطرح الاثقال فى هذه اضعاف ما يقع فى فتح باب آخر للدار (٤) .

وأجابوا عن ذلك : بأن موضع فتح الباب لم يكن له فيه استحقاق بخلاف جعل داره حماما أو حانوتا (٥) .

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٥٧٠ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٥ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢١ ، قليوبى وعميره جـ ٢ ص ٣١٣ .
(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٥ ،اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢١ ، قليوبى وعميره جـ ٢ ص ٣١٣ .
(٤) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٥ .
(٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٥ .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح ماذهب اليه أصحاب القول الاول من أن للانسان ان يفتح لداره بابا دون بابه الاول او يحوله الى موضع أقرب الى رأس الطريق لما ذكروه من التعليل . لانه بذلك التصرف لم يحدث ارتفاقا جديدا وانما أراد التصرف فى حقه من غير ان يلحق ضررا بأحد فيكون ذلك جائزا له .

وتعليل الشافعية لاشتراطهم عدم جواز ذلك الا اذا سد الباب الاول لما فى بقاء البابين من الزحمة فى الطريق ،

يجاب عنه : بان الزحمة سببها الغرض الذى يستعمل له الباب لا كثرة الابواب فقد يكون باب صغير فيه زحام كثير وأبواب لا زحمة فيها . فليس مناط الزحام بكثرة الابواب .وانما هو بنوع الغرض الذى يستعمل له الباب .

ثم تعليلهم الآخر بأن موضع فتح الباب لم يكن لمن فتحه فيه استحقاق غير مسلم . لانه مادام الباب المحدث دون الباب الاول فما بين رأس الطريق وبابه الاول له فيه استحقاق فيكون . فتح الباب الجديد فى محل استحقاقه فكيف يمنع منه .

الحال الثانية :

وهى ما اذا أراد أن يفتح بابا أبعد عن رأس الطريق من بابه القديم للعلماء فى حكم ذلك قولان :

القول الأول :

المنع من ذلك . وهو قول بعض الحنفية وقال قاضى خان أنه الصحيح [١] . وهو قول الشافعية [٢] والمذهب عند الحنابلة [٣] .

وعللوا لذلك : بأن فتح الباب على تلك الصفة يعتبر تصرفا فى موضع لا حق له فى استطراقه . لان حقه فى المرور والاستطراق ينتهى بموضع بابه القديم [٤] .

ومروره فيما جاوز ذلك لتعمير حائطه ونحو ذلك انما هو للضرورة والضرورة مستثناة من القواعد الشرعية [٥] .

القول الثانى :

جواز فتح باب أبعد من الباب القديم على ان لا يكون ضرا بالجار كأن يكون مقابل بابه ونحو ذلك . وبهذا قال بعض الحنفية [٦] وهو وجه عند الحنابلة [٧] .

---

(١) الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ١١٧ ، درر الحكام جـ ٣ ص ١٨٩ . جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٧ ، الفتاوى الخيرية جـ ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٥ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢١ ، شرح منهاج الطالبين وحاشية قليوبى وعميرة جـ ٢ ص ٣١٣ .

(٣) المغنى جـ ٤ ص ٥٧٠ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٩ .

(٤) المغنى جـ ٤ ص ٥٧٠ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٥ ، درر الحكام جـ ٣ ص ١٨٩ .

(٥) درر الحكام جـ ٣ ص ١٨٩ .

(٦) الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ١١٧ ، درر الحكام جـ ٣ ص ١٨٩ ، الفتاوى الخيرية جـ ٢ ص ٢٠٣ .

(٧) الانصاف جـ ٥ ص ٢٥٩ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٧٠ .

وعللوا لذلك بما يلى :

١ - انه كان له ان يجعل بابه فى أى مكان شاء عند ما كان يبنى . فتركه فى موضع لا يسقط حقه فيه فكان له تحويله بعد فتحه الى أى مكان شاء (١) .

٢ - ان له ان يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده (٢) .

٣ - ان له الدخول الى داره من اية جهة شاء سواء كان ذلك من الاسفل أم الاعلى .

٤ - ان له المرور من اول الحائط الى آخره لاصلاحه وتعميره (٣) .

الراجح :-

الذى يظهر لى أن الراجح ما ذهب اليه اصحاب القول الثانى من جواز فتح باب أبعد من الباب الاول لما ذكروه من التعليلات الصحيحة . فان حقه فى المرور فى الطريق قبل البناء كان الى آخر موضع من الطريق ما يلى أرضه . فينبغى ان يبقى له هذا الحق ولا يسقط ببنائه وفتح باب بأدنى داره . ثم ان مصالحه فيما يقابل حائطه مستمرة كتعمير وفتح نوافذ ونحو ذلك فلا يسقط حقه بل يبقى وله ان يفتح فيه بابا على ما مر . والله أعلم .

...

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٥٧٠ .
(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٧٠ ، درر الحكام جـ ٣ ص ١٨٩ .
(٣) درر الحكام جـ ٣ ص ١٨٩ .

المبحث الثالث

التصرف فى ظهر الطريق الخاصة وباطنها وهوائها

اذا أراد أحد الشركاء فى الطريق الخاصة ان يحدث بناء فى ظهرها كدكة وسلم أو اراد احداث شىء فى باطنها كحفر بئر أو بيارة أو اراد اشراع جناح (بلكون) ونحوه فى هوائها فهل يجوز له ذلك ؟ ام لا ؟

لا يخلو الامر اما ان يأذن له بقية الشركاء فى هذا التصرف أو لا .

فان اذنوا له بذلك فلا خلاف فى جوازه لان الحق لهم وقد أسقطوه.

وان لم يأذنوا فقد اختلف العلماء فى جوازه على قولين :

القول الاول :

الجواز بشرط ان لا يترتب على ذلك ضرر وهذا هو المعتمد عند المالكية (١) وقول للشافعية (٢) .

وعللوا لذلك : بأنه كما ان له الحق فى المرور فى قرار الطريق من دون استئذان فكذلك يجوز له ان يرتفق بما يتبع ذلك من اشراع اجنحة فى هوائها أو بناء فى ظهرها أو حفر فى باطنها لان هذه توابع للقرار فتأخذ حكمه (٣) .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٣٣ ، بلغة السالك لاقرب المسالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ١٧٧ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣١٠ ، شرح المنهاج جـ ٢ ص ٣١٢ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٤ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣١٠ .

القول الثانى :

عدم جواز احداث شىء من ذلك فى الطريق الخاصة بغير اذن أهلها ، وبهذا قال الحنفية (١) وبعض المالكية (٢) وهو الاصح عند الشافعية (٣) ، وبه قال الحنابلة (٤) .

وعللوا لذلك : بأن الطرق الخاصة مملوكة لاصحابها فهم شركاء فيها . والتصرف فى الملك المشترك فى غير الوجه الذى وضع له لا يملك الا باذن جميع الشركاء اضر بهم ذلك التصرف او لم يضر (٥) .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح ماذهب اليه أصحاب القول الثانى من أنه لا يجوز لاحد ان يحدث شيئا مما ذكر فى الطريق الخاصة الا باذن أهلها لما ذكروه من التعليل . ولان فى هذا احداث شىء لم يكن موجودا بغير اذنهم فيكون فيه تعد على حقوقهم . فلا يملكه احد الا باذن جميع الشركاء .

---

(١) الدر المختار وحاشيته رد المحتار جـ٥ ص ٣٨١ ، العقود الدرية جـ٢ ص ٢٦٣ ، فتح القدير جـ٥ ص ٥٠٥ ، تبيين الحقائق جـ٦ ص ١٤٣ الفتاوى البزازية جـ٣ ص ٤٠٨ .

(٢) التاج والاكليل جـ٥ ص ١٧٤ ، حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٣٣٣ ، بلغة السالك والشرح الصغير جـ٢ ص ١٧٧ ، الفروق جـ٤ ص ١٦ .

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٨٤ ، فتح العزيز جـ١٠ ص ٣١٠ ، اسنى المطالب جـ٢ ص ٢٢١ ، شرح المنهاج وحاشية قليوبى جـ٢ ص ٣١٢ ، روضة الطالبين جـ٤ ص ٢٠٦-٢٠٧ .

(٤) الانصاف جـ٥ ص ٢٥٧ ، المغنى جـ٤ ص ٥٥٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٧ .

(٥) العقود الدرية جـ٢ ص ٢٦٣ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٨٤ ، المغنى جـ٤ ص ٥٥٣ .

ويجاب عن تعليل أصحاب القول الاول : بعدم تسليم المساواة بين المرور فى الطريق والتصرف فيه بارتفاقات اخرى . فان الطريق انما وجد ليمر فيه فالمقصد الاصلى من ايجاده هو المرور فيه والاذن بالمرور صاحب لايجاد الطريق ضمنا وليس كذلك بقية التصرفات . ثم ان تلك التصرفات سواء اكانت اشراع أجنحة او بناء دكة وسلم او حفرا فى ارض الطريق كل هذه الامور ونحوها تحد من الانتفاع بما أوجد الطريق من أجله وهو المرور فكان لابد من اذن أهله فى تلك التصرفات . هذا ما ظهر لى . والله أعلم .

—•—

الفصل الثالث

أحكام المرور في أرض الغير

اذا كان لعقار حق ارتفاق بالمرور فى ارض الغير فان هذا الارتفاق يجب أن يكون فى حدود ما اذن فيه لكل من مالكى العقارين .

فمن جانب مالك العقار المرتفق . له ان يمر فى ارض الغير حسب ما تقرر لعقاره من الحق . فاذا كان حقه فى المرور خاصا بمرور الافراد لم يكن له ان يمر بدوابه وآلياته . واذا كان حقه فى المرور لاصلاح قناته او تنظيف مجراه فى ارض الغير لم يكن له المرور لغير ذلك .

كما ان عليه ان يمر فى الموضع المخصص لمروره ولا يجوز له ان يتجاوز حدود ذلك . ولا ان يحدث فيه اى شيء من التصرفات الا باذن من مالك العقار المرتفق به الا ما كان من ازالة ما يحول دون استيفاء حقه كان يزيل من ممره ما يعوق مروره ونحو ذلك فانه يجوز له بدون اذن (١) .

ومن جانب مالك العقار المرتفق به فان عليه ان يمكن مالك العقار المرتفق من استيفاء الحق المتقرر على عقاره ولا يجوز له أن يحدث فى الطريق ما يحول دون ذلك .

فان كان حق المرور قد تقرر على دار لرجلين مثلا وأرادا قسمتها ، لزمهم أن يتركوا منها مساحة بقدر عرض باب دارهما الخارجى وطول ما بين الباب

---

(١) انظر الفتاوى الهندية جـ٥ ص ٢١٦ ، ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، اسنى المطالب جـ٢ ص ٢٢٢ ، المدونة جـ١٤ ص ٤٦٣ .

الخارجى الى باب الدار المرتفقة ليكون ممرا لتلك الدار ويقسم مقدار ما يؤخذ ممرا بين صاحبى الدار المتقرر عليها ذلك الحق بحسب نصيب كل واحد منهما فى الدار فان كانت بينهما انصافا اخذ من نصيبهما بالتساوى وان كان لاحدهما ثلث وللاخر ثلثان اخذ من ملك احدهما مقدار ثلثين ومن الاخر الثلث وهكذا (١) . وجعل عرض الطريق بعرض الباب الخارجى لان هذا القدر قد اتفق عليه بينهم جميعا فان الباب كان هو الممر وقد قبل من جميعهم فيقدر به الطريق . ولان الزيادة على ذلك لا فائدة فيها لصاحب الممر. لانه انما يحمل فى هذا الطريق ما يتمكن من ادخاله من عرض الباب الخارجى لدارهما . فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض ذلك الباب (٢) .

وكذا لو أراد صاحب أرض متقرر عليها طريق للغير بناءها فانه يلزمه أن يترك موضعا من أرضه يتناسب مع ماتقرر من حق المرور فيها (٣) .

ولو كانت دار الجماعة قد تقرر عليها طريقان فى موضعين منها لدارين . فأراد اصحابها قسمتها أو بناءها فانه يعزل لهما طريق واحدة عرضها عرض باب الدار الخارجى من الباب الخارجى الى الموضع الذى تفترق فيه طريق كل واحد منهما الى باب داره ثم بنفس العرض تنفصل الطريق الى طريقين لكل دار طريق خاصة بها .

---

(١) المبسوط جـ ١٥ ص ٥٦ .

(٢) المبسوط جـ ١٥ ص ٥٦ ، جـ ١٧ ص ٩٦ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٥ ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ١٠٦ .

(٣) المبسوط جـ ١٧ ص ٩٦ .

وجمع الطريقين قبل الافتراق بطريق واحدة سببه ان كل واحد قصده من الطريق .. المرور الى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد منهما بطريق واحدة لهما من باب الدار الخارجي الى الموضع الذي يفترقان فيه ثم أذا افترقا يجعل لكل واحد منهما طريق خاصة الى باب داره . فمن طالب بطريق خاصة لـه من الباب الخارجي الى بابه فهو متعنت لا يسمع له ولا يلتفت لتعنته (١).

...

---

(١) المبسوط جـ ١٥ ص ٥٧ .

الفصل الرابع

حكم تحويل الطريق فى أرض الغير

اذا كان فى أرض انسان طريق لغيره حق المرور فيه فاراد تحويله عن موضعه الى موضع آخر لمصلحة له فى ذلك فلايخلو اما ان يكون تحويله الى موضع فيه مشقة على السالكين لهذا الطريق أو لا .

فان كان فيه مشقة عليهم لم يجز له ذلك بلا خلاف لان المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة فالرفق بالعامة وتسهيل السبل لهم أولى من مراعاة مصلحة صاحب الارض(١) .

وان لم يكن فى تحويل الطريق مشقة وفيه منفعة لاهل الطريق ولصاحب الارض فقد اختلف المالكية فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

الجواز . وبهذا قال الامام مالك(٢) رحمه الله قال الباجى " وروى عن الامام مالك فى ارضين لرجل بينهما طريق فأردت دفع الطريق الى أرضى اذ هو ارفق بى وباهل الطريق . فقال : ليس لك ذلك الا ان يكون الشىء القريب كقدر عظم الذراع ولا مضرة فيه"(٣) .

---

(١) المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤٧ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٠ .
(٢) المنتقى جـ ٦ ص ٤٧ .
(٣) المنتقى جـ ٦ ص ٤٧ .

القول الثانى :

التفريق بين طريق العامة وطريق الخاصة . فيجوز فى طريق الخاصة اذا أذنوا له بذلك ولا يجوز فى طريق العامة وان اذن بذلك من جاوره من أهل القرى . لانها طريق العامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم وبهذا قال ابن القاسم (١) .

القول الثالث :

ان تحويل الطريق موكول الى نظر الامام فان رأى فى تحويلها عن حالها منفعة للعامة ولمن جاورها وحوّلها فى مثل سهولتها أو أسهل وفى مثل قربها أو أقرب فله ان يأذن له بذلك . وان راى فى ذلك التحويل ضررا على أحد منع منه . وان حولها بغير اذن الامام نظر فيه فان راى ذلك صوابا امضاه والا رده . لان الامام هو ولى امر المسلمين والقائم على مصالحهم . وبهذا قال ابن الماجشون وبه أخذ جماعة من المالكية (٢) .

الراجح :

الذى يظهر لى أن الراجح هو القول بانه لابد من استئذان

---

(١) المنتقى جـ ٦ ص ٤٧ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧٠ - ١٧١ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٧٥ .

(٢) المنتقى جـ ٦ ص ٤٧ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٧٥ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٧١ .

من له الحق فى الطريق ففى الطريق الخاصة يجوز ذلك باذن أهلها وفى الطريق العامة يكون باذن الامام لان التصرف فيما للغير حق فيه بدون اذنه يعتبر تعديا فلا يجوز .

—•—

الباب الخامس

في أحكام حق الجوار

الباب الخامس

في

أحكام حق الجوار

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : في الجوار الجانبي (المطلق)

الفصل الثاني : في الجوار الرأسي (حق التعلي)

الفصـــــل الأول

في

الجـــوار الجانبي (الجـــوار المطلـــق)

وسنتناول في هذا الفصل أحكام الارتفاق بالجوار الجانبي بنوعيـــه الايجابي والســـلبي في مبحثـــين :

المبحث الأول : الارتفاق الايجابـــي

ويتمثل بحث العلماء لهذا الموضوع في مسألة وضع الجار خشبـــه على جدار جاره حيث تناولوا ذلك بالتفصيل فقالـــو :

ان وضع الخشب على جدار الجار اما أن يكون باذن منه أو لا .

فان كان باذن منه فلا خلاف فى جواز ذلك لانه ملكه وقد أذن لغيره بما يملك كامل التصرف فيه .

وان كان بغير إذن منه فاما أن يترتب على ذلك ضرر يلحق بالجدار أولا .

فان كان وضع الخشب على جدار الجار يترتب عليه ضرر كوهن الجدار وضعفه عن الحمل فلا يجوز وضع الخشب عليه حينئذ لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) رواه مالك فى الموطأ (١) وأحمد (٢) وابن ماجة (٣) .

وجه الدلالة : أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الحاق الضرر بأحد فان قوله (لا ضرر) نكره فى سياق النفى فتعم كل ضرر ومن ذلك وضع الخشب الذى يضر بجدار الجار فيمنع منه دفعا للضرر .

ولا خلاف فى هذا فيما أعلم . (٤)

وان كان لا يترتب على وضعها ضرر فلا يخلو الأمر من أحد حالين :

---

(١) موطأ الامام مالك مع شرحه المنتقى جـ ٦ ص ٤٠ ورواية مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن ابيه .

(٢) ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) جـ ١٥ ص ١١٠ .

(٣) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٨٤ . سبق تخريجه ص (١٦٥)

(٤) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٥ .

أولاهما : أن يمكن الاستغناء عن وضع الخشب على جدار الجار.

وثانيهما : أن لا يمكن ذلك .

فان كان يمكن الاستغناء عن وضعها على جدار الجار لامكان وضعها على غيره فللعلماء في جواز وضعها على جدار الجار قولان :

الأول : المنع . وبهذا قال الشافعي[١] وابو ثور وجمهور الحنابلة .[٢]

وعللوا لذلك : بأنه انتفاع بملك الغير بغير اذن من غير حاجة فلم يجز.[٣]

والثاني : الجواز . وبهذا قال بعض الحنابلة واليه أشار ابن عقيل[٤] .

واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره . ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم) رواه الجماعة الا النسائي[٥] .

---

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٢ .

(٢) المغني جـ ٤ ص ٥٥٥ .

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق

(٥) سبق تخريجه ص (٤٥)

ووجه الاستدلال : ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى الجار عن الامتناع من تمكين جاره من وضع خشبه على جداره وهذا النهى جعل للجار حقا فى الانتفاع بجدار جاره لا يملك صاحب الجدار ان يحول دونه ولم يفرق بين من كان محتاجا لذلك ومن يمكنه الاستغناء عنه .

وأما الاستدلال بالمعقول :

فقالوا : ان ما ابيح للحاجه العامه لا يعتبر فيه حقيقة الحاجه كأخذ الشقص بالشفعه من المشترى والفسخ بالخيار او بالعيب واتخاذ الكلب للصيد واباحه السلم ورخص السفر ونحو ذلك (١) .

الراجح :

الذى يظهر لى ان الراجح هو القول الاول القائل بالمنع من وضع الخشب على جدار الجار فى تلك الحال لما ذكروه من امكان الاستغناء عن وضعها عليه .

ويجاب عن استدلالهم بالحديث : بأن النهى موجه لصاحب الجدار عن ان يمتنع من تمكين جاره من غرز خشبه فى جداره . وهذا لا يكون الا عند وجود ما يدعو لذلك اما اذا امكن صاحب الخشب الاستغناء عن غرز خشبه فى الجدار فلا يجب على صاحبه التمكين من ذلك والله أعلم .

---

(١) المغنى جـ ٤ صـ ٥٥٥

وان كان لا يمكن الاستغناء عن وضع الخشب على جدار الجار بأن

كان جاره محتاجا لذلك . فهل لهذا المحتاج ان يضع خشبه بدون استئذان؟

وان اعترض عليه المالك فهل للحاكم اجباره على تمكين جاره من ذلك ؟

قولان للعلماء :

القول الاول : ان للجار ما دام محتاجا لغرز خشبه فى جدار جاره

غرزها ولو لم يستأذن صاحب الجدار . ولو اعترض صاحب الجدار ومنع

من ذلك للحاكم اجباره . وبهذا قال الشافعى (١) . فى القديم والامام

احمد ونص عليه وهو الصحيح من المذهب (٢) وهو قول اسحاق وأهل الحديث (٣)

والظاهرية (٤) وبعض المالكية (٥) .

واشترطوا لذلك :

ان لا يكون لصاحب الجدار حاجه تتعارض مع حاجة الجار والا فتقدم

حاجة صاحب الجدار .

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ١٨٧ ، روضة الطالبين حـ ٤ ص ٢١٣ .

(٢) الانصاف حـ ٥ ص ٢٦٢ ، المغنى حـ ٤ ص ٥٥٥ ،كشاف القناع حـ٣ ص ٤١١ ، الافصاح لابن هبيره حـ ١ ص ٢٤٨ ،القواعد لابن رجب ص ٢٤٣ ،الطرق الحكميه ص ٣٠٦ .

(٣) فتح البارى حـ ٥ ص ١١٠ ،شرح الزرقانى للموطا حـ ٤ ص ٣٣ ،نيل الأوطار حـ ٥ ص ٢٩٣ ، تحفة الاحوذى حـ ٢ ص ٢٨٥ ،شرح مسلم للنووى حـ ١١ ص ٤٧ .

(٤) المحلى حـ ٩ ص ١٠٧

(٥) المنتقى للباجى حـ ٦ ص ٤٣ - ٤٤ ،شرح الزرقانى للموطأ حـ ٤ ص ٣٣

ويضيف بعض الشافعيه تمشيا مع قديم قولى الشافعى زيادة على ذلك شروطا أخرى هى :

١ - ان لا يزيد فى ارتفاع الجدار

٢ - ان لا يبنى عليه أزجا . (١)

٣ - ان يكون لا يملك شيئا من جدران البقعه التى يريد تسقيفها او لا يملك الا جدارا واحدا (٢)

والذى يظهر لى ان الشرط الثالث نوع من انواع الحاجه السابق ذكرها

واستدل اصحاب هذا القول بالسنه والمعقول :

اما السنه :

فما رواه ابو هريره رضى الله عنه : (ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع جار جاره ان يغرز خشبه فى جداره ثم يقول ابو هريره رضى الله عنه مالى اراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم) رواه الجماعة الا النسائى (٣)

---

(١) الازج : بيت يبنى طولا ، ويطلق على السقف . المصباح المنير جـ ١ ص ١٦ ، ١٧ ، ~~والذى يظهر لى ان المراد هنا السقف المقوس~~

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٢

(٣) سبق تخريجه ص (٤٥)

وجه الدلاله : نهى الرسول صلى الله عليه وسلم الجار عن عدم تمكين جاره من غرز الخشب في جداره وهو نهى صريح والنهى يقتضى التحريم الا لصارف ولا صارف هنا فيحرم على الجار عدم تمكين جاره من غرز خشبه في جداره فلو امتنع وجب على الحاكم اجباره ازالة للمحرم .

واما المعقول :

فقالوا : ان غرز الخشب بجدار الجار انتفاع بحائط الجار لحاجة داعية على وجه لا يترتب عليه فيه ضرر فيمكن الجار من ذلك وليس لصاحب الجدار منعه . (١)

القول الثانى :

ليس لاحد ولو كان محتاجا ان يغرز خشبه فى جدار جاره ما لم يأذن له بذلك . كما أن ليس للحاكم اجباره على ذلك اذا امتنع . وبهذا قال ابو حنيفة ومالك وهو جديد قولى الشافعى ونسب الى الجمهور (٢)

---

(١) المغنى حـ ٤ ص ٥٥٥

(٢) الجامع لاحكام القرآن للقرطى حـ ٥ ص ١٨٧ فتح البارى حـ ٥ ص ١١٠ شرح مسلم للنووى حـ ١١ ص ٤٧ تحفه الأحوذى حـ ٢ ص ١٨٥ الفتاوى الخانيه حـ ٣ ص ١٠٨ ، التاج والاكليل حـ ٥ ص ١٧٥ ، البهجه فى شرح التحفه حـ ٢ ص ٢٥١ ، حاشية الدسوقى حـ ٣ ص ٣٣٣ ، شرح الزرقانى للموطأ حـ ٤ ص ٣٣ ، مغنى المحتاج حـ ٢ ص ١٨٧ ، روضه الطالبين حـ ٤ ص ٢١٢ ، الافصاح لابن هبيره حـ ٢٤٧ ، المغنى حـ ٤ ص ٥٥٥ نيل الاوطار حـ ٥ ص ٢٩٣ .

واستدلوا لذلك بالسنة والقياس :

اما السنه :

١ - ما رواه انس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :
لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه) رواه الداقطنى واحمد والبيهقى (١)

وجه الدلاله : ان الرسول صلى الله عليه وسلم بين انه لا يحل لاحد ان يتصرف فى مال المسلم الا بعد ان تطيب نفسه بذلك وهذا يشمل كل ما يملكه المسلم من أموال . وغرز الخشب فى جدار الجار بدون اذن تصرف فى ماله لم تطب به نفسه فلا يجوز .

٢ - ما رواه جابر بن عبد الله رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى حجة الوداع : (فان دماءكم واموالكم واعراضكم عليكم حرام) ...) الحديث رواه أحمد(٢) والبخارى(٣) ومسلم (٤)

---

(١) سنن الدارقطنى ص ٣٠٠ ، مسند احمد ج ٥ ص ٧٢ ، سنن البيهقى ج ٦ ص ١٠٠ ، منتقى الاخبار ج ٥ ص ٣٥٥ ، وسبق تخريجه ص (١٨٦)
(٢) ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) ج ١٢ ص ٢١٠
(٣) صحيح البخارى شرحه فتح البارى ج ٣ ص ٥٧٣ - ٥٧٤ .
(٤) صحيح مسلم شرح النووى ج ٨ ص ١٨٢ .

وجه الدلاله : ان النبي صلى الله عليه وسلم بين ان مال المسلم حرام على غيره فلا يحل منه شيء الا بأذن مالكه . ومن مال المسلم جداره فلا يحل لاحد ان ينتفع به باى نوع من انواع الانتفاع ومنه غرز الخشب فيه من غير اذن مالكه .

واما الاستدلال بالقياس فقالوا :

ان التصرف بوضع الخشب على جدار الغير كالبيع فكما لا يجوز ان يجبر الانسان على ان يبيع ملكه كذا لا يجوز ان يجبر على تمكين غيره من الانتفاع به قال القرطبي : " اذا لم يجبر المالك على اخراج ملكه بعوض فأحرى بغير عوض (١)

---

(١) شرح الزرقاني للموطأ جـ ٤ صـ ٣٣

مناقشة الادلة

ناقش كل فريق ادلة الفريق الآخر .

فناقش اصحاب القول الثانى أدلة القول الاول على النحو التالى :

فحديث ابى هريرة رضى الله عنه . قالوا عنه انه يدل على انه يندب لصاحب الجدار ان يمكن جاره من غرز خشبه فى جداره لا انه يجب عليه ذلك ويحكم عليه ان امتنع ، لان النهى فى قوله صلى الله عليه وسلم (لا يمنع ..) الخ للكراهة لا للتحريم واذا كان المنع مكروها كان التمكين مندوبا اليه ، وحمل الحديث على الندب مبنى على أمور :

١ - الجمع بينه وبين ما استدلوا به من الاحاديث الداله على انه لا يحل مال المسلم الا بطيب نفس (١) .

٢ ان عمل الصحابه كان على القول بأنه للندب بدليل اعراضهم ولهذا وبخهم ابو هريره على ذلك فقال : (مالى اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم) . ولو كانو يرون ذلك واجبا لما تخلفوا عن العمل به

---

(١) فتح البارى حـ ٥ ص ١١٠ ، نيل الاطار حـ ٥ ص ٢٩٣ ، شرح الزرقانى حـ ٤ ص ٣٣ ، تحفه الاحوذى حـ ٢ ص ٢٨٥ ، التاج والاكليل حـ ٥ ص ١٧٥ ، المحلى حـ ٩ ص ١٠٨ .

وأبو هريرة انما كان في مقالته تلك يوبخ من يشح على جاره بذلك ويترك الأخذ بما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ورغب فيه . ولو كان ابو هريره يراه واجبا لوبخ الحكام على تركه ولحكم به هو اذا كان مستخلفا في المدينه (١)

٣ - انه ورد استعمال مثل عبارة ابى هريرة للندب في مواضع قال ابن العربي : " ويدل على انه للندب ان مثل هذا التركيب جاء للندب في قوله صلى الله عليه وسلم : (اذا استأذنت احدكم امرأته الى المسجد فلا يمنعها) (٢) فنهى الزوج عن منع امرأته لا يراد به الا الترغيب في عدم منعها اذا استأذنت . فكذا هذ الحديث يراد به ترغيب الجار بعدم منع جاره من وضع خشبه على جداره فان تركيب عبارتي الحديثين متشابهه فقد ورد في بعض الفاظ حديث ابى هريره تقدم الاستئذان بوضع الخشب ففي روايه لاحمد وابى داود :(اذا استأذن احدكم) وفي رواية لأحمد (من سأله جاره) (٣) فهذا الحديث ساوٍ في التركيب لحديث النهي عن منع المرأه من الذهاب الى المسجد وهو دال على الندب فكذا هذا الحديث (٤) .

---

(١) فتح البارى حـ ٥ ص ١١١ ، شرح النووى لصحيح مسلم حـ ١١ ص ٤٨ ، المنتقى للباجى حـ ٦ ص ٤٣ ، شرح الزرقانى حـ ٤ ص ٣٣ - ٤٤ ، تحفة الاحوذى حـ ٢ ص ٢٨٥ .

(٢) شرح الزرقانى حـ ٤ ص ٣٣

(٣) ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) حـ ١٥ ص ١٠٩ ، سنن ابى داود حـ ٣ ص ٤٢٨ الحديث رقم (٣٦٣٤) .

(٤) ترتيب سند الامام احمد (الفتح الربانى) حـ ١٥ ص ١٠٩ ، وانظر فتح البارى حـ ٥ ص ١١١ نيل الاوطار حـ ٥ ص ٢٩٣

٤ ـ حمل بعضهم حديث ابى هريره على ما اذا تقدم استئذان الجار كما وقع فى رواية أبى داود السابقة (اذا استأذن احدكم) . ورواية أحمد (من سأله جاره) [١] . قالوا : فاذا تقدم الاستئذان لم يكن للجار المنع واذا لم يتقدم كان له ذلك ولا يجبر وانما يندب له التمكين [٢] .

٥ ـ قال بعضهم ان الضمير فى قوله (جداره) يعود لصاحب الخشب . أى لا يمنع جاره ان يضع خشبه على جدار نفسه وان تضرر به من جهة منع الضوء ونحوه [٣] . قال الاسنوى " ويتأيد بأنه القياس الفقهى والقاعدة النحوية فانه اقرب فوجب عود الضمير اليه " [٤]

---

(١) ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى جـ ١٥ ص ١٠٩ ، سنن ابى داود جـ ٣ ص ٤٢٨ ، الحديث رقم (٣٦٣٤) .

(٢) فتح البارى حـ ٥ ص ١١١ ، تحفه الأحوذى حـ ٢ صـ ٢٨٥ ، نيل الاوطار حـ ٥ صـ ٢٩٣

(٣) مغنى المحتاج حـ ٢ ص ١٨٧ ، فتح البارى حـ ٥ صـ ١١١

(٤) مغنى المحتاج حـ ٢ صـ ١٨٧

جواب اصحاب القول الاول عن هذه المناقشه :

أجاب القائلون بأن للجار ان يغرز خشبه فى جدار جاره عند الحاجه بدون اذن وان للحاكم اجبار صاحب الجدار على ذلك ان امتنع بما يلى :-

١ - حملهم النهى فى قوله صلى الله عليه وسلم (لا يمنع) على الكراهة جمعا بين هذا الحديث وادلة النهى عن التعرض لمال الغير الا بطيب نفس منه اجابوا عن هذا : بأن هذا الحديث أخص من تلك الادلة فيخص العام به . قال البيهقى : " لم نجد فى السنن الصحيحه ما يعارض هذا الحكم الا عمومات لا يستنكر ان يخصها) (١) .

ثم ان قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه) . " انما هو على التمليك والاستهلاك وليس المرفق ذلك "(٢) اى ان ما تنتقل به الملكيه او ما يستهلك هو الذى لا يحل الا بطيب نفس صاحبه اما مجرد الارتفاق لحاجة فليس كذلك فيجوز ولو لم يأذن صاحبه

---

(١) فتح البارى جـ ٥ صـ ١١٠ ، شرح الزرقانى للموطأ جـ ٤ ص ٣٣ ، تحفة الاخوذى جـ ٢ ص ٢٨٥ ، نيل الاطار جـ ٥ ص ٢٩٣ ، سبل السلام جـ ٣ صـ ٥٨ .

(٢) الجامع الاحكام القران للقرطبى جـ ٥ صـ ١٨٧ ، التاج والاكليل جـ ٥ صـ ١٧٥ .

٢ - قولهم ان عمل الصحابه كان على القول بأنه للندب بدليل اعراضهم : تعقب ذلك الحافظ ابن حجر فقال : " ما ادرى من اين له ان المعرضين صحابة وانهم عدد لا يجهل مثلهم الحكم ولم لا يجوز ان الذين خاطبهم ابو هريرة لم يكونوا فقهاء بل هو المتعين اذ لو كانوا صحابة او فقهاء ما واجههم بذلك " (١)

قلت:الظاهر انهم كانوا صحابة او فقهاء بدليل قوله (مالى اراكم عنها معرضين) والاعراض عن الشيء انما يكون بعد سابق معرفة وعلم . ولكن لعلهم لم يروا الوجوب .

٣ - قولهم ان ابا هريرة كان مستخلفا بالمدينه ولو كان يرى وجوب التمكين من الجدار لحكم به ووبخ الحكام .

اجيب عنه : بان ابا هريره انما كان يلى امرة المدينه نيابة عن مروان فى بعض الاحيان فلعله لم يترافع اليه فى مثل هذة المسألة حين توليته ولم يوبخ الحكام لعدم علمه بأنهم لم يحكموا به . (٢)

ثم ان مما يؤيد قولنا بالزام الجار بتمكين جاره من غرز خشبة فى جداره مسألتين : احداها : ان عمر رضى الله عنه قضى فى مسألة مشابهة لمسألتنا بالوجوب وهى مسألة اجراء الماء فى أرض محمد بن مسلمه (٣) فانه

---

(١) فتح البارى حـ ٥ ص ١١١ ، وانظر شرح الزرقانى للموطا حـ ٤ ص ٣٤
(٢) شرح الزرقانى للموطا حـ ٤ ص ٣٣ - ٣٤
(٣) انظر لقصة بتلمهاص (٥٠) [illegible]

لمّا امتنع من تمكين جاره من اجراء الماء في أرضه الزمه عمر بذلك وقال له (والله ليمرن ولو على بطنك) فلو لم يكن ذلك واجبا عند عمر ما اجبره على ذلك . [١]

قلت : ويمكن ان يجاب عن الاستدلال بفعل عمر : بأن هذه الحال التي الزم عمر بها محمد بن مسلمة حال ضرورة ذلك أنه ليس لصاحب المجرى موضع آخر يمكن ان يجرى ماءه فيه فتعين اجراؤه في ارض محمد بن مسلمه دفعا للضرر . واما مسألة غرز الخشبة فلا ضرورة بل حاجة ذلك ان صاحب الخشب بامكانه ان يبني له جدارا في ارضه ملاصقا لجدار جاره يضع عليه خشبه . فالجمع بين المسألتين جمع بين مختلفين وقياس احداهما على الاخرى قياس مع الفارق .

المسأله الثانيه : حكم عمر رضى الله عنه لابن عوف رضى الله عنه بتحويل مجرى مائه في ارض جد يحى المازني من موضع الى آخر بغير رضا منه . [٢] فأن هذا تصرف في ارض الجار لصالح جاره بغير رضاه كمسألتنا [٣]

قلت : ويمكن ان يجاب عن هذا أيضا : بأن حكم عمر في هذه المسأله انما هو في تغيير موضع المجرى الى موضع آخر لا في احداث ارتفاق جديد بالمجرى فالارتفاق كان موجودا وانما الحكم صدر بنقله الى موضع آخر هو ارفق بصاحبه المجرى ولا يترتب عليه ضرر بصاحب الارض وهذا بخلاف مسألتنا فانها احداث ارتفاق بغرز الخشب .

---

(١) التاج والاكليل جـ ٥ صـ ١٧٥
(٢) انظر القصه بتكامها صـ (٥١)
(٣) التاج والاكليل جـ ٥ صـ ١٧٥

وقول ابن العربي ان الحديث جاء في بعض رواياته بصيغة تدل على الندب كحديث استئذان المرأه الى المسجد فيكون المقصود من الحديث هو الندب .

يجاب عنه بعدم تسليم كون تلك الصيغة متمحضه للندب بل قد تأتي للوجوب ايضا . ثم لو سلم ذلك فان الروايات الاخرى الواردة في الصحيحين جاءت بصيغة النهي المؤكد بنون التوكيد في قوله صلى الله عليه وسلم (لا يمنعن) فهذه الروايه لا تحتمل غير الوجوب .

واستدلالهم بالمعقول يجاب عنه :

بان الانتفاع بحائط الجار لحاجة لا يترتب عليه اخراج الملك عن مالكه وانما فيه ارتفاق مشروط بأن لا يتنافى مع المصالح الاصليه للمالك .

الراجح :

من خلال استعراض آراء الفريقين ومناقشاتهما يظهر لي ان الراجح ما ذهب اليه اصحاب القول الاول من انه يجب على الجار ان يمكن جاره من الارتفاق بجدارة بغرز خشبة ونحوها ما دام محتاجا لذلك وعلى هذا فانه يثبت للجار حق ارتفاق بجدار جاره عند الحاجه لذلك وعدم المعارض من فوات مصلحة لصاحب الجدار .

المبحث الثانى

الارتفاق السلبى

ويتمثل بحث العلماء لهذا الموضوع فى مسألة :

منع الجار من الانتفاع ببعض منافع ملكه مراعاة لحق جاره لما يترتب على انتفاعه بملكه من اضرار تلحق بالجار ، فيرتفق الجار بعدم انتفاع جاره ببعض منافع ملكه ، وصور ذلك كثيرة نتبينها عند ذكر بعض نصوص الفقهاء .

وللعلماء فى هذه المسأله قولان :

القول الاول : ان الجار له الحق فى منع جاره من الانتفاع ببعض منافع ملكه اذا ترتب على ذلك ضرر يلحقه وان للحاكم التدخل لرفع الضرر اذا أبى الجار ان يكف عن الضرر بجاره وبهذا قال المالكية (١) والشافعيه (٢) والحنابله (٣) فى الصحيح من المذهب وبه اخذ جمهور متأخرى الحنفيه (٤) .

---

(١) المدونه جـ ١١ ص ٣٩٥ جـ ١٥ ص ١٩٧ ، شرح الموطأ للزرقانى جـ ٤ ص ٣٢ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٢

(٢) روضه الطالبين جـ ٥ ص ٢٨٥ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٦٤

(٣) الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٠ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧٠ كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٨ .

(٤) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٦١ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٤ .

واستدلوا لذلك بالسنة

١ - ما رواه ابن عباس رضى الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) رواه مالك واحمد وابن ماجة والبيهقى (١) .

وجه الدلاله : ان قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) نكرة فى سياق النفى فتعم جميع انواع الضرر ومنها الضرر الذى يلحق بالجار من جراء استعمال جاره ملكه فيمنع من ذلك .

٢ - ما رواه ابو هريره رضى الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره ...) الحديث رواه البخارى (٢) .

وجه الدلاله : ان الرسول صلى الله عليه وسلم بين ان من علامات الايمان بالله واليوم الآخر عدم ايذاء الجار فيكون ايذاؤه امرا منافيا لذلك فلا يجوز .

---

(١) الموطأ بشرحه المنتقى جـ ٦ ص ٤٠ ،
ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) جـ ١٥ ص ١١٠
سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٨٤ ، السنن الكبرى للبيهقى جـ ٦ ص ٦٩ ،
وقد سبق تخريجه ص (١٦٥) .

(٢) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ١٠ ص ٤٤٥

وسنسوق بعضا من عبارات اصحاب هذا القول لمزيد الايضاح لمعنى الضرر الذى ينبغى الكف عنه وبيان بعض الصور التى تندرج تحت هذا المعنى .

فمن عبارات المالكية :

ما قاله الزرقانى (١) : (فما احدثه الرجل بعرصته (٢) مما يضر بجيرانه من بناء حمام او فرن لخبز او سبك ذهب او فضه او عمل حديد او رحى فلهم منعه ، قاله مالك فى المجموعه) .

وقال ابن فرحون (قال ابن عتاب (٣) الذى أقول به وانقله من مذهب مالك ان جميع الضرر يجب قطعه الا ما كان من رفع بناء يمنع من هبوب الريح وضوء الشمس وما كان فى معناهما الا ان يثبت القائم فى ذلك ان محدث ذلك اراد الضرر بجاره) (٤) . فاعتبر منع الريح والشمس من الضرر غير الفاحش

---

(١) شرح الموطأ للزرقانى حـ ٤ ص ٣٢

(٢) العرضه : هى ساحة الدار ، وهى البقعة الواسعه التى ليس فيها بناء . المصباح المنير حـ ٢ ص ٥١

(٣) ابن عتاب
هو ابو عبد الله محمد بن عبد الله بن عتاب القرطبى ولد سنة ٣٨٣هـ شيخ المفتين بقرطبه الامام الفقيه الحافظ المحدث العالم تفقه بابن النجار وابن ابى الاصبغ . تفقه به الاندلسيون توفى سنة ٤٦٢ هـ الديباج المذهب ص ٢٧٤ شجرة النور الزكيه ص ١١٩ .

(٤) تبصره الحكام حـ ٢ ص ٣٦٢ ، وانظر المدونة حـ ١٥ ص ١٩٧ - ١٩٨

فلا يمنع منه . كما جعل لنية المضار دخلاً في الحكم حيث يمنع من تصرفه اذا قصد به الحاق الضرر بجاره ولو لم يكن الضرر فاحشا ،

وقال ايضا : (قال ابن حبيب : وجوه الضرر كثيره وانما تتبين عند نزول الحكم فيها . من ذلك دخان الحمامات والافرنه وغبار الاندر (١) ونتبين الدباغين ان لم يكن يضر لمن جاوره والا فأقطعوه) (٢) .

وقال ايضا (وليس للرجل منع جاره من حفر بئر في داره اذا كانت الارض صلبه لا تضر ببئره . وان كانت رخوة وخشى ان ينشف ماء بئره منع اذا قال ذلك أهل البصر (٣) . فيرى ان اهل الخبرة هم الذين يقررون بحسب معرفتهم ما كان مضرا فيمنع وما لا فلا .

وقال في المدونة (قلت : فلو أن رجلا بنى قصرا الى جانب دارى رفعها على وفتح فيها ابوابا وكوى (٤) يشرف منها على عيالى او على دارى أيكون لى ان امنعه من ذلك في قول مالك ؟ قال نعم يمنع من ذلك وكذلك بلغنى عن مالك . قال بن القاسم : وقد قال ذلك عمر بن الخطاب ، اخبرنا به ابن لهيعة أنه كتب الى عمر بن الخطاب في رجل أحدث غرفه على جاره ففتح

---

(١) الاندر : هو البيدر ، وهو كدس القمح ، مادة (ندر) لسان العرب ، مختار الصحاح .
(٢) تبصرة : الحكام حـ ٢ ص ٣٦٢ ،
(٣) تبصره الحكام حـ ٢ ص ٣٦٣ وانظر المدونة حـ ١٥ ص ١٩٦
(٤) الكوى : جمع كوّة بالفتح وهى ثقب البيت . مادة (كوى) مختار الصحاح .

عليها كوى فكتب اليه عمر بن الخطاب ان يوضع وراء تلك الكوى سرير ويقـوم عليه رجل فان كان ينظر الى ما فى دار الرجل منع من ذلك وان كان لا ينظـر لم يمنع من ذلك .) [١] فعند تيقن الضرر يجب المنع منه اما لو كان محتملا فلا منـع،

ومن نصوص الشافعيه :

قال النووى فى الروضه [٢] (لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكـن حماما او اصطبلا [٣] او طاحونة او حانوته فى صف العطارين حانوت حـداد او قصار [٤] على خلاف العاده ففيه وجها ن ، احدهما : يمنع للاضـرار ، واصحهما : الجواز الا انه متصرف فى خالص ملكه وفى منعه اضرار بـه ، وهذا اذا احتاط واحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فان فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل فى حيطان الجار فالا صح المنع وذلك مثل ان يدق الشـئ فى داره دقا عنيفا تتزعزع منه الحيطان او حبس الماء فى ملكه بحيث تنتشـر منه النداوة الى حيطان الجار ، ولو اتخذ داره مدبغه او حانوته مخبزه حيـث

---

(١) حـ ١٥ ص ١٩٧ وانظر تبصرة الحكام حـ ٢ ص ٣٦٠

(٢) روضة الطالبين حـ ٥ ص ٢٨٥ وانظر مغنى المحتاج حـ ٢ ص ٣٦٤

(٣) الاصطبل : هو اصطبـل الدواب مختار الصحاح ص ٣٧٨ المصبـاح المنير حـ ١ صـ ٢٠

(٤) القصار : هو الذى يدق الثياب مادة (قصر) مختار الصحـاح لسان العرب حـ ٥ صـ ١٠٤ .

لا يعتاد ، فان قلنا لا يمنع فى الصورة السابقة فهنا أولى ، واختار الرويانى فى كل هذا أن يجتهد الحاكم فيها ويمنع أن ظهر له التعنت وقصد الفساد . قال وكذلك القول فى اطالة البنا ومنع الشمس والقمر."

والذى يظهر لى أن الوجهين متفقان على المنع من الحاق الضرر بالجار. فالوجه القائل بالجواز يشترط لذلك إحكام الجدران وأخذ الحيطة لئلا ينال الجار ضرر من جراء الاستعمال ، فان كان الغالب على ما يريد استعماله الحاق الضرر وظهور الأذى منع .

بينما نظر أصحاب الوجه الأول القائلين بالمنع مطلقا الى الأمر نظرة مبدئية حيث أن المسائل التى ذكروها من شأنها أن يترتب عليها ضرر فيمنع منها . فيلتقى الوجهان فى القول بمنع الضرر وان تباينا فى الأسباب الموجبة لذلك .

والرويانى يسند الأمر لاجتهاد القاضى فهو الذى يحدد الضرر ويحكم فى كل واقعة بحسبها . وهو بهذا يتفق مع رأى ابن حبيب المالكى حيث يقول : " وجوه الضرر كثيرة وانما تتبين عند نزول الحكم فيها". (١)

ومن عبارات الحنابلة : ما قالة المرداوى " والصحيح من المذهب أن الجار يمنع من التصرف فى ملكه بما يضر بجاره كحفر كنيف الى جنب

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٢ .

حائط جاره وبناء حمام الى جنب داره يتأذى بذلك ونصب تنور يتأذى باستدامة دخانه وعمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقة أو رحى أو حفر بئر ينقطع به ماء بئر جاره ونحو ذلك وعليه جماهير الأصحاب ".(١)

ومن عبارات متأخرى الحنفية :

ما قاله الشيخ علاء الدين الحصكفى : " ولا يمنع الشخص من تصرفه فى ملكه الا اذا كان الضرر بجاره ضررا بينا فيمنع من ذلك وعليه الفتوى . بزازية . واختاره فى العمادية . وافتى به قارئ الهداية حتى يمنع الجار من فتح الطاقة . وهذا جواب المشايخ استحسانا . وجواب ظاهر الرواية : عدم المنع مطلقا وبه أفتى طائفة ".(٢)

قال ابن عابدين معلقا على ذلك " ويظهر من كلام الشارح الميل الى ما مشى عليه المصنف فى متنه . لأنه أرفق بدفع الضرر البين عن الجار المأمور باكرامه . ولذا كان هو الاستحسان الذى مشى عليه مشايخ المذهب المتأخرون وصرحوا بأن الفتوى عليه . والحاصل أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا والآخر بكونه أصل المذهب ".(٣)

---

(١) الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٠ وانظر المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٧٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٨ .

(٢) الدر المختار جـ ٤ ص ٣٦١ وانظر ص ٢٢٠ . من نفس الجزء .

(٣) رد المحتار جـ ٤ ص ٣٦١ وانظر ص ٢٢٠ . من نفس الجزء .

وقال محمود بن اسرائيل " والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع عنه ولو أضر بغيره . لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى " . (١)

وقال ابن الهمام " وفى الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار اذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين ، يمنع منه . لأنه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا "(٢) ثم بين الضرر الفاحش فقال : " وهو ما يكون سببا للهدم . . . أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية . . . وأما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الانسان "(٣)

---

(١) جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٤ .

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ .

(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، رد المختار جـ ٤ ص ٣٦١ .

القول الثانــــي :

ليس لأحد أن يمنع الانسان من التصرف التام فى ملكه ولو أدى تصرفه الى ضرر بالغير . فلا يملك الجار منع جاره من الانتفاع بملكه ولو كان هـــذا الانتفاع يترتب عليه ضرر بالجار ولا يملك القضاء الحكم بمنع هذا التصــرف . وبهذا قال متقدموا الحنفية (١) وهو ظاهر المذهب عندهم وأخذ بـــــه قليل من متأخريهم (٢) وهو رواية مرجوحة عند الحنابلة اختارها (٣) أبو بكـــر غلام الخلال (٤) وهو قول الظاهرية . (٥) .

واستدلوا لذلك بالمعقول :

فقال ابن قدامة معللا للأخذ بهذا القول " انه تصرف فى ملكـــه المختص به . ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه "(٦) .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ . فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ . تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٩٦ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٦١ ، جامـــع الفصولين جـ ٢ ص ١٩٤ .

(٢) الدر المختار جـ ٤ ص ٣٦١ .

(٣) الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٠ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ .

(٤) ابو بكر غلام الخلال : هو عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد المعروف بغلام الخلال لكثرة ملازمته له حدث عن ابن ابى شيبه ومن فى طبقته كبدر الدين احمد والحسين الخرقى . وكان من أهل الفهم موثوقا به فى العلم متسع الرواية مشهورا بالديانة موصوفا بالامانـــة اماما حجة له عدة مصنفات منها كتاب القولين توفى سنة ٣٦٣ هـ وله ٧٨ سنة طبقات الحنابلة جـ ٢ ص ١١٩ - ١٢٦ شذرات الذهب جـ ٣ ص ٤٥

(٥) المحلى جـ ٩ ص ١٠٥ .

(٦) المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ .

وقال ابن حزم : " ان كل ذى حق أولى بحقه ".(١)

وقال الكاسانى " ان الملك مطلق للتصرف فى الأصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع ".(٢)

قلت : بل ان تعلق حق الغير موجود فان التصرف بما يسبب وهن بناء الجار أو هز حيطانه ونحو ذلك تعد على حق الغير فلا يجوز . لأن حق الغير تجب المحافظة عليه وعدم الاضرار به فيمنع من أى تصرف يلحق به ضررا لوجود هذا التعلق .

ومن نصوص الفقهاء وتصويرهم لمسائل هذا القول ما يلى :

قال الكاسانى : " للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره أولا يتعدى فله أن يبنى فى ملكه مرحاضا أو حماما أو رحى أو تنورا وله أن يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا وله أن يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا (٣) وان كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره . وليس لجاره ان يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه ". (٤)

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ١٠٥

(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ .

(٣) الديماس : قال فى القاموس : الديماس هو الكن والسرب والحمام ونحوها مما لا يصله الضوء . مادة (دمس) جـ ٢ ص ٢١٧ .

(٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ .

وقال ابن الهمام : " وحكى عن أبى حنيفة أن رجلا شكا اليه من بئر حفرها جاره فى داره فقال : احفر فى دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فتنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة . وبذلك كان يفتى الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى "(١)

وقال أيضا " رجل أصاب ساحة فى القسمة فأراد أن يبنيها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس . له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا . وان كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ، ولو فتح صاحب البناء فى علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ..... ولو اتخذ بئرا فى ملكه أو كرياسا(٢) أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن . هذا كله ظاهر المذهب "(٣) .

ومع هذا فان الحنفية يرون أنه يجب ديانة الكف عن الحاق الضرر بالجار . قال الكاسانى " الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب "(٤)

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ .

(٢) الكرياس : قال فى القاموس : الكرياس : هو الكنيف فى أعلى السطح جـ ٢ ص ٢٤٦ " كرس " .

(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ .

(٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ .

وأما قضاء فلا بل وان نتج عنن ذلك سقوط حائط الجار لم يضمن

قال الكاساني " ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا صنع منه فى ملك الغير " (١)

ومما قاله ابن حزم :

" ولكل أحد أن يفتح ما شاء فى حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه ان شاء فى دار جاره أو فى درب غير نافذ أو نافذ ويقال لجاره ابن فى حقك ما تستر به على نفسك الا أنه يمنع من الاطلاع فقط ". (٢)

فأباح للانسان أن يفتح فى حائطه أبوابا وكوى على جاره ولكن منعه من الاطلاع عليه واستدل للمنع من الاطلاع بما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال ابو القاسم صلى الله عليه وسلم " لو أن امرءا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح " (٣)

متفق عليه واللفظ للبخارى .

قلت : اما الابواب ففائدتها والغرض منها هو الدخول والخروج ولا بد من أن يصاحب هذا النظر فلا يتمكن من أراد التطرق من هذا

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ١٠٥ .

(٣) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ١٢ ص ٢٤٣ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٤ ص ١٣٨ .

الباب من ذلك الا اذا نظر الى طريقه وهذا يعرضه الى النظر الى عورة جاره . وان كان ابن حزم يريد مجرد وجود فراغ فى الجدار على هيئة باب فهذا فيه ايهام لمن يأتى بعد زمن من وضعه اذ يؤدى الى أن يظن المتأخر أنه باب للتطرق فيتسبب فى ايجاد نزاع وخلاف بين الجيران والشرع نهى عن كل طريق يفضى الى النزاع .

وأما فتح الكوى على الجار فهى أيضا عرضة للنظر الى عورته الا فى حال ما اذا كانت فى أعلى الجدار فوق قامة الانسان فيستفاد منها حينئذ فى التهوية والاضاءة فقط وهذه لا ضرر منها .

وقال ابن حزم أيضا " لم يأت قرآن ولا سنة ولا رواية سقيمة ولا قول صاحب بمنع المرء من أن يفتح فى حقه وفى حائطه ما شاء "(١) .

وقال بعد ما صحح معنى حديث (لا ضرر ولا ضرار) وقال : " ولا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف فى مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا "(٢)

ويرى أن لكل أحد أن يعلى بنيانه ما شاء وأن منع جاره الريح و الشمس وعلل لذلك بقوله : " لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له "(٣)

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ١٠٥ .

(٢) المحلى جـ ٩ ص ١٠٦ .

(٣) المحلى جـ ٩ ص ١٠٧ .

ويرى أن للانسان أن يبنى فى ملكه ما شاء من حمام أو فرن أو رحى أو تنور ونحو ذلك لانه لم يأت ما ينص على المنع لشىء من ذلك .

أما التدخين على الجار فيراه ممنوعا وعلل لمنعه بقوله : " لانه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم "(١)

وهكذا فرق ابن حزم بين التدخين وغيره حيث منع من التدخين على الجار واعتبره أذى واباح غيره ولا أدرى كيف قصر ابن حزم الاذى على التدخين دون غيره مع اشتماله على أذى هو أشد من أذى التدخين فما يحصل من هز الرحى للحيطان وما يحصل من النداوة للجدر أن لا يقل أذى عن التدخين بل ان الفرن الذى أباحه لا بد فيه من التدخين ولا يملك صاحبه أن يحول دون اتجاه الريح بالدخان عن جاره .

فكلام ابن حزم فيما يبدو لى فيه تفريق بين متماثلات فى ثبوت الاذى منها .

والاذى هو الضرر الذى نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم . فيجب المنع منه بأى صورة كانت .

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ١٠٧ .

الراجـــح :

من خلال عــرض آراء الفريقـــين وبيان وجهات نظرهما والصـــور التى أوردوها يتبين لى أن الراجح هو القول الأول القائــل بمنــع الانسان من التصرف فى ملكه تصــرفا يضر بجاره وأن التصرف الـــذى ينتج عنه أذى يلحق بالجار محرم ديانة وممنوع قضــاء . لأن هـــذا القول هو الموافق للأدلـــة الدالة على اكرام الجار فضــلا عــن منع أذاه وهو الموافق أيضا لقواعد الشرع التى تمنع الحاق الضـــرر بأى مسلم هذا ما ظهر لى . والله أعلم .

اذا تبين ذلك فهل كل ضرر يجب رفعه أو أن هناك شروطا لا بد من توفرها فيما يجب رفعه من الضرر ؟ هذا ما سنجيب عليه فيما يلي :

شروط الضرر الواجب رفعه :

من خلال استعراضنا لعبارات الفقهاء في ذكر صور الضرر يتبين لنا ان الضرر الذى يجب رفعه عند القائلين بذلك هو ما توفر فيه ثلاثة شروط :

الشرط الاول : ان يكون الضرر فاحشا .

والضرر الفاحش ما تحقق فيه احدى حالات ثلاث هي :

١ - ما يؤدى الى وهن البناء كما لو اتخذ في داره رحواً ومحلا للحدادة أو دق الثياب ونحو ذلك مما يحدث اهتزاز البناء وتصدعه .

٢ - ما يتسبب في انهدام البناء عادة كاحداث حمام بجوار جدار الجار تسرى منه النداوة الى جداره فتتسبب في هدمه .

٣ - ما يمنع من الانتفاع بالملك على الوجه المعتاد وذلك بأن يحدث في داره ما له رائحة كريهة لا تطاق معها السكنى المعتادة كالمدبغة أو يتسبب في افساد ماء بئر الدار كأن يحدث بجوارها بيارة فتفسد ماءها وتمنع من الانتفاع بها إلا انتفاع المعتاد .

وعلى هذا فلو كان الضـرر يسيرا لم يكلف برفعه لانه لو كـان المالك ممنوعا من الحاق أى ضرر ولو كان مألوفا ويسـيرا لأدى الى تعطيل الانتفاع بالملك .

الشرط الثانى : أن يكون الضرر متيقنا حصوله فيما لو تصرف المالـك بملكه على النحو الذى يريد وذلك كفتح نافذة منخفضة على الجار يرى منها ما بداخل ملك جاره أو أن يجعل من منزله مكانا للازعاج كان يتخذه مكا نـا لحداده ونحوها .

فلو كان الضرر محتملا أو متوهما لا يمنع منه ولا يكلف رفعه كمـا لو كانت النافذة التى فتحها فوق قامة الانسان بحيث أن الواقف بجوارها لا يمكنه النظر منها الى بيت الجار فادعى الجيران الضرر من هذه النافذة بحجة أن صاحبها يمكنه أن يضع سلما يصعد عليه ويرى منه ما بداخـل دار جاره وطلبوا سدها فلا يجابون لطلبهم هذا لأن الضرر هنا غـير متيقين ولا موءكد .(١) وهو ما حكم به عمر بن الخطاب رضى الله عنه ونصـت عليه مجلة الأحكام العدلية فقد جاء فى المادة (١٢٠٣) ما نصه : "اذا كان لواحد شباك فوق قامة الانسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أن

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٩٦ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٣٦١ المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤٠ - ٤١ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٢ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٢٨٥ ، المغنى جـ ٤ ص ٥٧٢ .

يضع سلما وينظر الى مقر نساء ذلك الجار • (١)

<u>الشرط الثالث</u> : أن لا يوجد من المتصرف ما يدل على رضاه بما يدعى ضرره • كان يقدم على البناء بجوار ما يدعى أنه مصدر الضرر بأن يبنى مسكنا بجوار مصنع حدادة أو مدبغة ونحو ذلك • فان كان كذلك لم يكن له أن يطلب رفع الضرر وأن طلب لا يجاب الى طلبه • لانه يعلم مقدما أنه سيصيبه ضرر من مجاورته لتلك الاماكن فدخل على الضرر مختارا فلا يحق له المطالبة برفعه • والضرر الذى يجب رفعه هو ما كان حادثا لا ما كان موجودا فاقدم مدعى الضرر على البناء عنده • (٢)

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ص ٢٣٢ - ٢٣٣ •

(٢) عبارات الفقهاء السابقة تمنع من احداث الضرر فيدل ذلك على أنه لو كان المحدث هو البناء عند ما من شأنه الضرر أن البانى هو الذى دخل على الضرر مع علمه به فلا حق له فى المطالبة بازالته • والذى يظهر لى أنه لا خلاف فى هذا بين العلماء كما يفهم من عباراتهم فى هذا الموضوع •

تطبيقات للارتفاق بمنع الضرر في وقتنا الحاضر

ما ذكرناه هو رأى الفقهاء أما فى وقتنا الحاضر فقد جرى وضع لوائح وأنظمة تنظم أعمال البناء حيث خصص فى كل مدينة مناطق للسكن ومناطق أخرى للصناعات والحرف والمستودعات وأماكن للأسواق التجارية ونحو ذلك كما وضعت أنظمة تمنع من القيام بأى انشاءات أو مبان الا بعد موافقة الجهات المختصة وبعد توفر الشروط التى وضعت لذلك .

وهذا التنظيم مبنى على الأخذ بالقول الأول القائل بمنع الانسان من التصرف فى ملكه تصرفا يضر بجاره .

فبناء على ذلك وضعت اللوائح و الأنظمة التى تحول دون وقوع الضرر من البداية لا مجرد رفعه بعد وقوعه اذ الوقاية خير من العلاج وبما أن حكم الحاكم يرفع الخلاف فان هذه الأنظمة تعتبر لازمة يجب العمل بها ولا يجوز مخالفتها شرعا لبنائها على أحد قولى العلماء وحكم ولى الأمر بها رفع الخلاف فيها وصارت لازمة لكل أحد .

وسنتناول بشئ من التفصيل والايضاح لما يعنينا فى هذا المقام .

ويتبين ذلك فى المطالب التاليـــة :

المطلب الاول : الاماكن المقلقة للراحة والخطرة والمضرة بالصحة .

المطلب الثانى : ارتفاق المطارات بما حولها .

المطلب الثالث : فتح النوافـــذ

المطلب الاول :

الاماكن المقلقـة للراحة والخطرة والمضرة بالصحة :

تلافيا لحصول الضرر بأحد كان جرى تنظيم للاعمال والحـرف التى تلحق الضـرر بالسكان فجعل فى كل مدينة موضعا خاصا بالمصانع والمعامل والمستودعات بعيدا عن مناطق السكن سمى بالمناطق الصناعية وألزم أصحاب الاعمال المضرة بالسكان بنقل معاملهم اليه .

كما جرى تصنيف الصناعات والحرف المضرة بحسب درجة ضررها الى أصناف ثلاثة . فقد جاء فى قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٥٤) وتاريخ (١٣٩٣/٩/٧هـ) لائحة تحديد المؤسسات والحرف التى ينطبق عليها نظام المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة وتقسيمها الى ثلاثة أصناف حسب درجة خطورتها ومضارها واقلاقها لراحة الساكنين وفقا لما يلى :

صنف الاول :

ويشمل المؤسسات والصناعات التي يجب ابعادها عن الاماكن السكنية نظرا لاخطارها الأكيدة بسبب ماتلحقه من اضرار واقلاق لراحة المواطنين

وفيما يلي :-

بيان باسماء تلك الصناعات والحرف ونوع الضرر الناتج عنها

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
١	المؤسسات التي تعمل بالمراجل البخارية : ذات سعة تزيد عن ٣ أمتار مكعبة او قوة مقاومة تزيد عن الخمسة كيلو غرامات في السنتيمتر المربع ، والاجهزة المتعلقة بها .	ضجيج ـ اخطار الحرائق والانفجارات وتلوث المياه ـ ابخرة ـ تلوث الأجواء
٢	مؤسسات الغاز السائل ومحطات تعبئة الاسطوانات : المحفوظة في اوعية معدنية ، خزانات بروبان ابوتان .. الخ) .	خطر الحريق ـ انفجارات
٣	مسالخ ذبح الحيوانات :	ضجيج ورائحةانتشار الذباب ـ تلوث المياه ـ الحرائق
٤	مؤسسات دبغ وتنظيف الجلود :	رائحة ـ اخطار الذباب ـ المياه
٥	مؤسسات حفظ الأسماك : الاعداد الحفظ كمعلبات في مناطق السكن (أ) عندما يستدعى طبخها في زيوت بأواني غير محكمة الاغلاق . ٢ ـ الاعداد في كل الحالات .	رائحة ـ خطر الذباب وتلوث المياه
٦	مؤسسات تصليح الأسماك وتدخينها وتجفيفها :	رائحة ـ خطر الذباب
	معامل التحضير :	تلوث المياه
٧	معامل الكبريت :	اخطار الحريق والانفجارات ـ رائحة
٨	معامل الأسمنت :	ضجيج ـ دخان ـ غبار يؤثر على المزروعات ـ تلويث المياه
٩	محطات تموين السيارات ومراكز بيع المنتجات البترولية : المحلات التي تحوي على خزانات ارضية ومضخات ثابتة .	اخطار الحرائق والانفجارات

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
١٠	**مستودعات تخزين اسطوانات غاز البوتان:** [1]	
	سواء كانت المواد المخزنة اسطوانات او خزانات كبيرة تزيد عن ٥٠ اسطوانة .	اخطار الحرائق والانفجارات
١١	**معامل الزجاج :**	
	١ ـ ذو فرن يصدر دخانا .	دخان ـ اخطار الحرائق ـ تلويث المياه
	٢ ـ ذو فرن لا يصدر دخانا .	اخطار الحرائق ـ تلويث المياه
١٤	**معامل الأسمدة العضوية والكيماوية :**	
	١ ـ عندما تكون المواد الحيوانية والنباتية مجففة .	رائحة ـ تلوث المياه
	٢ ـ في كل الحالات التي يتم فيها تحميض المواد الحيوانية ومعالجة الفضلات والأحماض وغيرها .	اخطار الحرائق والانفجارات ـ رائحة ـ خطر الذباب ـ تلوث المياه
١٥	**معامل تعبئة الأوكسجين :**	اخطار الحرائق والانفجارات
١٦	**معامل صنع البلاستيك على مختلف انواعه :**	خطر الحرائق والانفجارات ـ رائحة ـ تلوث المياه
	١ ـ التي تستعمل مختلف المواد الحصول على الأشياء المصنعة من البلاستيك	
	٢ ـ التي تستخدم السوائل المشتعلة .. او الغازات المشتعلة مثل الاتيلين	
	٣ ـ التي تستخدم المحاليل المذيبة او ذات الرائحة النفاذة	
	٤ ـ او تستخدم مواد اولية ذات رائحة قوية او سامة	
	٥ ـ وجميع الحالات الاخرى	
	٦ ـ والتي تستخدم مادة النيتروسيللوز	
١٧	**مستودعات الالعاب النارية وذخائر الأسلحة**	اخطار الحرائق والانفجارات

(١) يلاحظ ان بعض الكلمات غير عربية ووضعناها من غير ترجمة لعدم ترجمة هذه المصطلحات كما ان الناس تعارفوا عليها وعرفنا بهذه الأسماء

مسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
١٨	**مستودعات الاستيلين المضغوط :** ١ ـ تحت ضغط يزيد عن ١٥ جوي وبدرجة قدرة ١٥ درجة مئوية	اخطار الحرائق والانفجارات
١٩	**معامل الاستيلين :** بعامل الماء مع كربون الكالسيوم (أ) للحصول على الاستيلين المذاب والاستيلين الغازي تحت ضغط يتجاوز الضغط الجوي العادي بما يزيد عن ٥ر١ جوي (ب) الاستيلين الغازي تحت ضغط يزيد عن ٥ر١ جوي (جـ) في كل حالات التصنيع	خطر الانفجارات ـ رائحة ـ تلوث المياه
٢٠	**معمل الكحول البتيلي :**	اخطار الحرائق او الانفجارات ـ تلوث المياه
٢١	**معمل حمض الخليك :**	اخطار الحرائق ـ الانفجارات ـ تلوث المياه
٢٢	**حمض السيانيدر :** (أ) الصناعة بكافة الوسائل (ب) المستودعات او النقل من وعاء لآخر	روائح مضرة بالصحة تلوث المياه
٢٣	**مستودعات معامل (حمض الفلور) :** ـ عندما يكون التخزين في اواني سعتها تزيد عن ٢٥٠ ك غ او اذا كانت الكمية المخزونة تفوق عما يعادل ٢٠ طن	اصدار روائح مضرة عرضة تلوث المياه
٢٤	**معامل حمض الكبريك :** ـ مستودعات خارج المصنع ـ مستودعات داخل المصنع اذا كانت الكمية المخزونة من حمض الكبريك تزيد عن ١٥٠ كغ او اذا كانت اقل او تساوي الى ١٥٠٠ كغ	خطر الانفجارات تلوث المياه
٢٥	**معامل حمض النخل والشحم والزيت :** ١ ـ بواسطة تقطير الاحماض الدهنية في اجهزة تسخين على نار عارية ٢ـ بدون واسطة التقطير والكم بواسطة افران في المصنع ٣ ـ بواسطة كافة الوسائل الاخرى التي لا تتطلب فرنا في المصنع	روائح خطر الحريق ـ تلوث المياه

مسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
٢٦	**صناعة حمض الكبريت :**	
	١ ــ بواسطة آندريد الكبريتي والابخرة الازوتية او سواء	تسربات ضارة ــ تأثير سام على النباتات ــ تلوث المياه
٢٧	**معامل النشا :**	
	١ ــ عندما يكون هناك تخمير ٢ ــ عندما لا يكون هناك تخمير	رائحة ــ تسربات مضرة تلوث المياه
٢٨	**صناعة املاح الامونياك :**	
	١ ــ بمعالجة المواد الحيوانية والنفايات ٢ ــ بمعالجة مياه تنقية الغاز الناجم من تقطير المواد المعدنية والنباتية المشتعلة ٣ ــ بمعالجة الامونياك النقي المركب	رائحة ــ خطر الذباب
٢٩	**صناعة الاسهم النارية :**	خطر الانفجار والحريق
٣٠	**صناعة المصارين :**	
	١ ــ لصناعة خيوط الجراحة ٢ ــ بقية الاستعمالات	روائح ــ خطر الذباب ــ تلوث المياه
٣١	**صناعة الفحم :**	اطلاق مواد ضارة ــ تلوث المياه
٣٢	**مستودعات الفحم :** ١ ــ في اوعية تزيد عن ٣٠ كغ وعندما تكون الكمية المخزنة اكثر من ٥٠٠ كغ	اطلاق مواد ضارة ــ تلوث المياه
٣٣	**صناعة كبريت الفحم :**	رائحة ــ خطر الحريق ــ تلوث المياه
٣٤	**صناعة كربور الكالسيوم :** والكربور المعدني التي تشكل اخطارا متشابهة	رائحة ــ دخان ــ غبار خطر الانفجارات ــ تلوث المياه
٣٥	**صناعة خرطوش الصيد :** عندما يزيد الانتاج اليومي عن ٣٠٠٠ خرطوشة	خطر الانفجار والحريق ــ تلوث المياه

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
٣٦	**معامل الذخيرة :**	خطر الانفجار والحريق وتلوث المياه
٣٧	**صناعة السللولوئيد :** والمنتجات المشابهة	ابخرة ضارة ـ خطر الحريق وتلوث المياه
٣٨	**مستودعات السللولوئيد :** والمنتجات البيترية المشابهة (خام أو مصنعة) ١ ـ عندما تكون الكمية مخزنة او بصورة مؤقتة وتتراوح بين ٥٠ ـ ١٠٠٠ كغ	خطر الانفجار والحريق
٣٩	**مستودعات اللحم وبقايا الذبائح :**	رائحة ـ خطر الذباب ـ تلوث المياه
٤٠	**وسائل التسخين :** التي تستخدم للحرارة . السوائل العضوية القابلة للاشتعال سواء استعملت هذه السوائل فى مكان مغلق كالحمام العادي . عندما تكون درجة الاستعمال هي اكثر من نقطة السوائل (ا) اذا كان المولد معزولا او كائن فى نفس المكان الذي يشتعل فيه النار	خطر الحريق والانفجار ـ اصدار روائح ضارة
٤١	**مستودعات الكلور السائل :** ١ ـ فى اوعية سعة الواحدة منها تزيد عن ١٠٠٠ كغ او اذا كانت الكمية الاجمالية المخزنة تزيد عن ٧٠٠٠ كغ	اصدار مواد ضارة ـ خطر الانفجار
٤٢	**صناعة المواد اللاصقة :**	رائحة ـ خطر الذباب ـ تلوث المياه
٤٣	**صناعة ومستودعات الديناميت :**	خطر الانفجار وتلوث المياه
٤٤	**صناعة الايتر وتخزينه :** ١ ـ مستودعات المحاليل التي تحتوي على اقل تقدير ٣٠٪ من هذا السائل ٢ ـ التقطير والاستعمال	خطر الانفجار والحريق ـ رائحة ـ تلوث المياه
٤٥	**صناعة فيلمنات الزئبق :**	خطر الانفجار والحريق

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
٤٦	**مستودعات الغاز وخزانات الغاز المضغوط:** التي تحتوي على غاز قليل الاشتعال باستثناء الاستيلين ١ ـ الواقعة خارج المناطق السكنية ٢ ـ التي تزيد سعتها على ١٠٫٠٠٠ م٣	خطر الانفجار والحريق ـ روائح
٤٧	**غاز الاشتعال الطبيعي :** نزع الكبريت منه بمختلف الوسائل	خطر الانفجار والحريق ـ روائح ـ تلوث المياه
٤٨	**صهر الشحوم :** صهر الشحوم وشحم الغنم في كافة الاشغال	رائحة ـ خطر الذباب والحريق
٤٩	**صناعة السوائل القابلة للاشتعال :** التي تكون نقطة اشتعالها اقل من ١٠٠ درجة مثل مواد الهيدروكربون السائلة. البنزين . البترول ومشتقاته بواسطة كافة الوسائل .. التركيب التقطير وتوليد الحرارة ـ عندما تتم العمليات على نار عالية او بوسيلة اخرى تشكل خطر الاشتعال	خطر الحرائق والانفجارات ـ تلوث المياه
٥٠	**مستودعات السوائل المشتعلة من الدرجة الاولى :** (أ) عندما تكون نقطة الاشتعال اقل او تساوي ٢١ درجة ١ ـ عندما تكون السوائل في اوعية معدنية محكمة الغلق ولم تتعرض للتفريغ من اناء لآخر	خطر الحريق ـ تلوث المياه
٥١	**معامل نضج الفواكه والخضار وازالة الحشرات منها :** ١ ـ عندما تتم عملية النضج بتسخين المستودعات ويكون هذا التسخين بواسطة الغاز ٢ ـ عندما تكون عملية النضج باطلاق الغازات المشتعلة او السامة في المستودعات مهما كان نوع التسخين (أ) في المناطق الآهلة بالسكان او في اماكن تبعد اقل من ٥٠ مترا	خطر الحريق والانفجارات

متسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
٥٢	مستودعات مسحوق المتنيزيوم :	
	١ – عندما تزيد الكمية عن ٥٠٠ كغ – عندما تزيد الكمية المخزنة عن ١٠٠٠ ليتر	خطر الحريق والانفجارات
٥٣	مستودعات السوائل التي تشتعل بسرعة فائقة :	
	١ – عندما تزيد كمية السوائل المخزنة عن ١٠٠٠ لتر	خطر الحريق والانفجارات وتلوث المياه
٥٤	مستودعات أو مصانع معالجة الصود من أجل استخراج الكبريت الصافي او المركب :	روائح – اصدار مواد ضارة – تلوث المياه
٥٥	صناعة فتيل الأمان لعمال الدناميت :	
	١ – عندما تكون الكمية المستخدمة او المخزونة اكثر من ١٠٠ كغ من البودرة العادية	خطر الحريق والانفجارات
٥٦	صب المعادن والسبائك :	
	١ – اذا كانت هذه المعادن من الرصاص ولم يكن هنالك جهاز شفط الغبار والدخان الرصاصي	الدخان والروائح – اصدار المواد الضارة وخطر الحريق
٥٧	معالجة المعادن بالتحليل الكهربائي في اعمال التلبيس والحماية والتلميع :	
	١ – اذا استعملت مع سائل قابل للانفجار مثل مواد الانديد الاستيكي وحمض البركلور	خطر الانفجار – اصدار مواد ضارة – تلوث المياه
٥٨	معادن الكبريت والزرنيخ :	
	١ – في حال عدم كون الغازات مركزة ووجود جهاز شفط للغبار	دخان – غبار – اصدار مواد ضارة
٥٩	معامل تجربة المحركات الانفجارية :	
	١ – اذا كانت قوة المحركات التي تجري عليها التجارب في آن واحد تفوق ولو مؤقتا ١٤٧ كال (٢٠٠ حصان بخاري)	الضجيج – الارتجاج – خطر الحريق

الاضرار	نوع الصناعات	الرقم
	معامل تجربة المحركات ذات الاحتراق الداخلي :	٦٠
الضجة ـ خطر الحريق	اذا كان النفس يتم دون جهاز امتصاص الضجيج	
	معامل تجربة المحركات النفاثة :	٦١
الضجيج ـ الارتجاج ـ خطر الحريق والانفجار	١ ـ عندما يزيد الضغط عن ١٥ر١ ك ن (او عندما تكون الطاقة اكثر من ١٤٧ك و	
	مستودعات نترات النشادر :	٦٢
خطر الانفجار	١ ـ عندما تحتوي نترات النشادر على اكثر من ٤ر ٪ من المواد الغريبة القابلة للاشتعال وعندما تكون المواد المخزنة اكثر من ...	
خطر الانفجار والحريق	٢ ـ اذا كانت نترات النشادر مغلقة فى صناديق واذا كانت الكمية المخزنة اكثر من ٣٠٠ طن	
خطر الحريق والانفجار	٣ ـ اذا كانت نترات النشادر (فلت) دون ترتيب وكانت الكمية اكثر عن الف طن	
	مستودعات النتروسلولوز :	٦٣
	١ ـ خارج معامل التصنيع والاستعمال (نظام خاص)	
خطر الانفجار والحريق	٢ ـ فى معامل التصنيع والاستعمال نتروسلولوز من الدرجة الاولى مهما بلغت الكمية المخزنة وكيفية تخزينها	
خطر الانفجار والحريق	(ب) نتروسلولوز من الدرجة الثانية ١ ـ موجودة فى أوعية مغلقة تحمل ضغط داخليا يفوق أو يعادل ٣ بار	
خطر الحريق والانفجار	٢ ـ اذا كانت موجودة فى أوعية مغلقة تنفتح بضغط ادنى من ٣ بارو ولاتتعرض للتفريغ من آن لآخر عندما تعادل الكمية المخزونة ١٠٠٠ كنم أو تفوقها	
	معامل معالجة النتروسلولوز مهما كان نوعها :	٦٤
	غير صناعة المواد المتفجرة واعداد الفرنيس والمواد البلاستيكية	
خطر الحريق والانفجار	(أ) نتروسلولوز من الدرجة الأولى	

متسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
	١ ـ عندما تتضمن العمليات تحمية النتروسلولوز الى درجة تفوق ٤٠ د حرارية وتكون الكمية المخزنة اكثر من ٢ كغ	خطر الحريق والانفجار
	٢ ـ عندما يتصاعد الغبار نتيجة العمليات وتكون الكمية المخزنة ولو مؤقتا (ا) تعادل او تفوق ٥٠ كغ	خطر الانفجار والحريق
	٣ ـ فى حال عدم التحمية وتصاعد الغبار وتكون الكمية المخزنة ولو مؤقتا (ا) تعادل او تفوق ٥٠٠ كغ	خطر الانفجار والحريق
٦٥	**معامل استعمال النترسلولوز والمواد المشابهة :**	
	لتحضير المحاليل والفرنيش والدهان والمواد البلاستيكية باستثناء السلولويد ١ ـ مواد النتروسلولوز من الدرجة الاولى مهما كانت الكمية المخزنة ولو مؤقتا فى المصنع	خطر الانفجار والحريق وتلوث المياه
	٢ ـ مواد النتروسلولوز من الدرجة الثانية اذا كانت الكمية المخزنة ولو مؤقتا (ا) تفوق او تعادل ٢٠٠٠ كغ	خطر الانفجار والحريق وتلوث المياه
٦٦	**مستودعات محاليل او معجون النتروسلولوز التى على اكثر من ٢٥٪ من النتروسلولوز :**	
	١ ـ فى اوعية مغلفة تقاوم ضغط داخلي تعادل او تفوق ٣ بار مهما كانت الكمية المخزنة	خطر الحريق
	٢ ـ فى اوعية مغلفة تنفتح بضغط داخلي اقل من ٣ بار (ا) عندما تكون الكمية المخزنة اكثر او تعادل ١٠٠٠ كغ	خطر الحريق
٦٧	**مستودعات العظام :**	
	(ا) عندما تكون كمية العظام المخزنة تعادل او تزيد عن ٣٠٠ كغ	رائحة خطر الذباب وتلوث المياه
٦٨	**تصنيع العظام والجلود والقرون وفضلات الحيوانات من أجل الحصول على السماد والاستعمالات الاخرى**	رائحة خطر الذباب ـ الحريق ـ تلوث المياه

مسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
٦٩	**صناعة الفوسفور :**	
	١ ـ عندما تكون الكمية المخزنة اكثر من ٢٠٠ كغ	خطر الحريق
٧٠	**صناعة المساحيق المتفجرة والمواد المفرقعة او اللاشبه :**	
	ما عدا المستودعات الحكومية	خطر الانفجار والحريق وتلوث المياه
٧١	**مستودعات الدم الجاف : وصناعة العلف المستخرج منه**	روائح ـ خطر الذباب ـ تلوث المياه
٧٢	**صناعة الصود الخام من مقذوفات البحر :**	
	فى المؤسسات الدائمة	رائحة ـ دخان ـ تلوث المياه
٧٣	**صناعة كلور الكبريت :**	اصدار مواد ضارة ـ تلوث المياه
٧٤	**تحضير وصناعة تحويل واستعمال المواد الاشعاعية فى ظروف معينة :**	
	١ ـ اذا كانت تحتوي على عناصر مشعة من الدرجة الأولى	
	(أ) الطاقة المشعة تعادل او تزيد على ١ كوري ولكنها اقل من ١٠٠ كوري	انتشار الاشعة ـ تلوث المياه
	٢ ـ اذا كانت تحتوي على مواد مشعة من الدرجة الثانية	
	(أ) الطاقة المشعة تعادل أو تزيد عن ١٠ كوري ولكنها اقل من ١٠٠٠ كوري	انتشار الاشعة ـ تلوث الجو ـ تلوث المياه
	٣ ـ اذا كانت تحتوي على مواد مشعة من الدرجة الثالثة	
	(أ) الطاقة الشمسية المشعة تزيد على ١٠٠ كوري ولكنها اقل من ١٠٫٠٠٠ كوري	انتشار الاشعة ـ تلوث الجو ـ تلوث المياه
٧٥	**استعمال وتخزين المواد المشعة ، اذا كانت على شكل مصادر مختومة وغير مختومة:**	
	١ ـ اذا كانت تحتوي على مواد مشعة من الدرجة الأولى	
	(أ) الطاقة المشعة الاجمالية تعادل او تزيد على ١٠٠ كوري ولكنها اقل من ١٠٠٠ كوري	انتشار الاشعة ـ تلوث الجو ـ تلوث المياه

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
	٢ ــ اذا كانت تحتوي على مواد مشعة من الدرجة الثانية (١) الطاقة المشعة الاجمالية تعادل او تزيد عن ١٠٠٠ كوري ولكنها اقل من ١٠٠,٠٠٠ كوري	انتشار الاشعة ــ تلوث الجو ــ تلوث المياه
٧٦	**مستودعات الشحم الخام من غير المصادر الغذائية والمخصص لمصانع استخراج الشحم الصناعي :**	
	١ ــ عندما تزيد الكمية المخزنة عن ٣٠٠كغ	روائح ــ تكاثر الذباب
٧٧	**معامل تصنيع المركبات الكبريتية العضوية :**	اصدار مواد ضارة ذات رائحة قوية ــ تلوث المياه ــ خطر الحريق والانفجار
	التي تصدر عند تفاعله موادا كبريتية ذات رائحة قوية	
٧٨	**معالجة التفل أو النفايات المشابهة ذات المصدر النباتي بواسطة الاختمار لانتاج النشادر او الاحماض العضوية :**	رائحة تلوث المياه
٧٩	**مستودعات الزرقينيوم على شكل بودرة :**	
	١ ــ اذا كان جافا والكمية المخزنة تزيد عن ٤٠ كغ	خطر الحريق
٨٠	**صناعة الزرقينيوم :**	
	١ ــ فى الهواء الطلق	خطر الحريق
	٢ ــ فى جو من الغاز الغير متحرك (غاز الكربون الازوت الخ)	خطر الحريق
	(أ) اذا زادت الكميات المستعملة عن ٢ كغ	خطر الحريق
٨١	**مستودعات كربور الكالسيوم :**	
	عندما تزيد الكمية المخزونة عن ٣٠٠٠ كغ	رائحة ــ خطر الانفجار والحريق ــ تلوث المياه
٨٢	**صناعة الديناميت وتخزينه :**	خطر الانفجار وتلوث المياه

فهذه الانواع لا يسمح بوجودها فى مناطق السكن البتة لما ينتج عنها من اضرار فاحشة متيقنة ، كما هو ظاهر فى البيان . فيرتفق بابعادها عن المساكن

منف الثاني :

ويشمل المهن التي ليس من الضروري ابعادها عن الاماكن السكنية ويمكن السماح باستثمارها اذا اتخذت لها الترتيبات الفنية والوقائية لتحاشي الاضرار التي تلحق بمناطق السكن والسكان .

وفيما يلي :

بيان بأسماء تلك المهن والصناعات ونوع الاضرار الناتجة عنها

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
١	المؤسسات التي تعمل بمحركات الغاز العادي او النفط أو المازوت بقوة تعادل أو تزيد عن الخمسة عشر حصان	ضجيج – رائحة – اخطار الحرائق
٢	الأفران المعدة لصنع وبيع الخبز والحلويات :	خطر الحرائق – دخان
٣	المصانع الآلية التي تتجاوز قوة محركاتها ثلاثة احصنة :	تلوث المياه – روائح
٤	معامل تطهير ومزج الزيوت وطبخها :	تلوث المياه – روائح – خطر الذباب
٥	معامل الجليد ومعامل المياه الغازية (الكازوز) :	روائح – خطر الذباب
٦	معامل الصابون :	رائحة – تلوث المياه
	التي تستخدم الزيوت ذات الرائحة النفاذة في كل الحالات الاخري	
٧	مستودعات الأسمنت والجبس والكلس :	غبار
٨	مستودعات الكبريت الكيماوي :	خطر الحريق
	عندما يكون المستودع في مبنى آهل بالسكان او مجاور للسكن وتكون الكمية اكثر من ٥٠ م٣	
٩	صناعة تعليب وحفظ الأسماك :	رائحة – خطر الذباب – تلوث المياه
١٠	صناعة صهر الحديد :	دخان – غبار – خطر الحريق
	في الافران ذات الطاقة الكبيرة او الفرن الكهربائي	خطر الحريق
١١	صناعة الهيدروجين :	
	جميع الوسائل عندما تكون كمية الغاز المخزنة خاضعة لضغط مهما كان قدره	خطر الحريق
١٢	صناعة الحليب ومشتقاته :	ضجيج – رائحة
	والاجبان ومعالجة الحليب من اجل بيعه	خطر الذباب – تلوث المياه

مسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
	١ ـ فى المناطق الآهلة بالسكان ٢ ـ فى جميع الاحوال الاخرى	
١٣	**صناعة الغراء :** بواسطة الجلود	رائحة ـ خطر الذباب تلوث المياه
١٤	**معامل دباغة الجلود :** ١ ـ عندما تعمل بواسطة التسخين على نار عادية او اذا كان فى المعمل فرن ٢ ـ فى كافة الحالات الاخرى	خطر الحرائق ـ رائحة تلوث المياه
١٥	**صناعة مواد التنظيف :** غير الصابون : ١ ـ عندما تستخدم المواد اولية ذات رائحة كريهة مثل المواد ذات المنشأ الحيواني ٢ ـ عندما لا تستخدم مواد اولية ذات رائحة ٣ ـ اذا تمت العملية بواسطة المزج فى وسط مائي ٤ ـ اذا تمت العملية بطريقة جافة بواسطة السحق أو النخل ٥ ـ اذا استعملت سوائل قابلة للاشتعال	رائحة ـ خطر الذباب بخار ـ ضجيج ـ غبار ـ تلوث المياه
١٦	**صناعة اللباد :** بدون نسيج	رائحة ـ غبار تلوث المياه
١٧	**محلات طحن وجرش الحبوب :** مع عمليات النخل فى المطحنة	ضجيج ـ غبار ـ اهتزاز تلوث المياه احيانا ـ انفجارات
١٨	**المعامل الآلية للغزل والنسيج ـ التريكو الكتان ـ اللفافة والخيوط . والخيوط المعدنية وتصنيعها :** اذا كان المعمل يحوى عدة مكائن تعمل بالمكوك	ضجيج ـ اهتزاز

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
١٩	معامل البلاط :	ضجيج ـ غبار
٢٠	المطابع على اختلاف انواعها	ضجيج ـ خطر الحرائق
٢١	محلات الدهان بطريقة البخ :	خطر الحرائق ـ روائح
٢٢	محلات صنع الصفائح والعلب المعدنية والتوانك :	ضجيج
٢٣	صناعة عصير الطماطم :	خطر الذباب
٢٤	معامل البسكويت	رائحة
٢٥	معامل تعبئة التمور وتصنيعها	خطر الذباب
٢٦	معامل حلج الاقطان	ضجيج ـ غبار
٢٧	معامل الحدادة والخراطة التى تزيد قوة محركاتها عن ثلاثة احصنة	ضجيج
٢٨	المعامل الآلية لنفش القطن وتنظيفه	ضجيج ـ غبار
٢٩	معامل المرايا الزجاجية وتفضيضها	ضجيج
٣٠	معامل البورسلان	غبار ـ ضجيج
٣١	معامل التقطير	خطر الانفجار ـ روائح خطر الحرائق
٣٢	معامل الخزف والقرميد :	خطر تلوث الجو
٣٣	المعامل الآلية لصنع القنب والحبال	ضجيج
٣٤	معامل السكاكر التى تزيد قوة محركاتها عن خمسة احصنة :	خطر الحرائق ـ الضجيج ـ خطر الذباب
٣٥	صناعة الاحذية :	
	عندما تكون فى مكان آهل بالسكان وفى مكان مجاور	ضجيج ـ ارتجاج ـ وخطر الحريق
٣٦	صناعة الكلس والجبس : بواسطة حرق او طحن المواد	
	١ ـ فى المناطق الآهلة بالسكان وخارجها	دخان ـ غبار ـ اصدار مواد ضارة

م	نوع الصناعات	الاضرار
٣٧	**صناعة الكلور :**	اطلاق مواد ضارة ـ تأثير سام على النباتات ـ تلوث المياه
٣٨	**صناعة شمع التلصيق :**	خطر الحريق
٣٩	**المعامل والمستودعات التي تشغل بالخرق:**	
	مهما كانت الكمية المخزونة ـ معاملة الخرق والانسجة بحامض الكلوردريك وسواه من الاحماض	رائحة ـ غبار ـ اخطار الذباب والحشرات القارضة ـ خطر الحرائق ـ اصدار روائح ـ تلوث المياه
٤٠	**معامل نشر الأخشاب واعمال النجارة وصنع الموبيليا :**	ضجيج ـ اهتزاز ـ غبار ـ خطر الحريق ـ الانفجار
	التي تحوي على عدد من الماكينات والعدد وتحوي مستودعا للاخشاب المراد تصنيعها	
٤١	**مطاحن وكسر الأحجار والحصى وغربلتها ونخلها آليا :**	ضجيج ـ غبار ـ اهتزاز الأرض ـ تلوث المياه
	١ ـ عندما تكون طاقتها السنوية اكثر من ٢٠٠,٠٠٠ طن او ان منشآتها تبعد احيانا اقل من ٢٠٠ مترا عن المناطق السكنية او عن عمارة مسكونة	
٤٢	**صناعة النشادر :**	
	١ ـ بواسطة التركيب المباشر وبالضغط ٢ ـ بواسطة التحليل والتقطير	رائحة ـ تلوث المياه ـ خطر الحريق والانفجار
٤٣	**اماكن اذابة الاسفلت والمواد البتيومينية الصلبة او السائلة :**	روائح ـ خطر الحريق ـ تلوث المياه
	١ ـ عندما تتم العملية بالتسخين على نار عادية او بأي طريقة أخرى تشكل خطر الاشتعال	
٤٤	**المغاسل العامة :**	
	١ ـ عندما تكون فى مبنى آهل بالسكان او مجاور له ـ عندما تستخدم آلات اوتوماتيكية	ضجيج وارتجاج ـ بخار ـ دخان ـ تلوث المياه

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
	للغسيل والعصر فى آن واحد ومجهزة بمحركات فردية خاصة بها ـ اذا كان وزن الغسيل الجاف يزيد عن ١٠ كغ للآلة الواحدة.	
٤٥	**صناعة الفولاذ :** ١ ـ بواسطة المحلول او الفرن الكهربائي	ادخنة غبار ـ خطر الحريق
٤٦	**صناعة الالمنيوم :** ـ تصنيع البودرة ١ ـ بواسطة الطحن ٢ ـ بواسطة الصهر بالتيار الغازي	خطر الحريق والانفجار وتلوث المياه
٤٧	**صناعة صفائح المدخرات بالرصاص :**	اطلاق مواد ضارة ـ تلوث المياه خطر الحريق
٤٨	**صناعة الاسيتون :**	
٤٩	**صناعة حمض الزرنيخ :** بواسطة التبخير والتكثيف	اطلاق مواد ضارة ـ غبار سام للماشية
٥٠	**صناعة حمض الكبريت :** التكثيف	اطلاق مواد ضارة ذات تأثير سام على النبات وتلوث المياه
٥١	**صناعة الفحم :** عندما يتصاعد فى الجو مواد التقطير	رائحة ـ دخان ـ تلوث المياه
٥٢	**اللحام بالكهرباء او الاوكسجين :**	خطر الحريق والانفجار
٥٣	**مستودعات اسيد الخليك :** التي تحتوي على ٥٠٪ من الوزن الصافى للاسيد ١ ـ فى خزانات سعة الواحدة تزيد او تعادل ٢٥٠ طنا	عملية تآكل ـ تلوث المياه
٥٤	**مستودعات حمض الكبريت :** ١ ـ عندما تكون الكمية المخزنة تعادل او تزيد على ١٥ طن	اطلاق مواد خطرة ـ تلوث المياه ـ عملية تآكل واكسدة ـ خطر الحريق

مسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
٥٥	**مستودعات النشادر السائل :**	روائح ـ اطلاق
٥٦	**مستودعات الاسفلت :** والمواد البيتومينية	روائح ـ خطر الحريق ـ غبار ـ تلوث المياه
٥٧	**مستودعات الكحول الميتيلي وغيره :**	
	١ ـ الكحول المعبأ فى اوعية او خزانات معدنية او ما يماثلها من حيث المتانة (زجاج مقوى او اسمنت ..)	احطار الحرائق ـ تلوث المياه بصورة عرضية
	(أ) تموين المستودع بكمية تزيد عن ٥م٣ من الكحول	
	(ب) تموين المستودع بكمية تزيد عن ١٠٠٠ لتر او ما يعادلها	
	٢ ـ فى جميع الحالات الاخرى	
٥٨	**مستودعات الكوشوك ومواد المطاط :**	
	(أ) اذا كانت فى مكان آهل بالسكان او مجاورا له	خطر الحريق ـ روائح ـ ضجيج ـ غبار
	١ ـ اذا كانت الكمية المخزنة تزيد عن ٥٠ م٣	
	(ب) اذا كان فى مكان منعزل على شكل بناء او فى العراء ويبعد ٥٠ مترا عن المكان الآهل بالسكان	
	١ ـ اذا كانت الكمية المخزنة تزيد عن ١٥٠ م٣	
٥٩	**مستودعات العلف :**	خطر الحرائق ـ غبار
٦٠	**مستودعات الخرق المستعملة والملوثة :** مهما كانت الكمية المخزنة	رائحة ـ غبار ـ خطر القوارض والذباب
٦١	**مستودعات السجاير :** عندما تكون الكمية المخزنة تزيد ٢٠٠٠ كغ	خطر الحريق ـ رائحة ـ اشتعال ذاتي
٦٢	**ورش سمكرة السيارات :**	ضجة ـ ارتجاج ـ دخان
	اذا كانت تحتوي على آلة او عدة آلات ميكانيكية تحدث ضجيجا او كان هناك	

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
	عمالا يشتغلون بالمطارق	
٦٣	**محال ذبح الدواجن :**	
	(أ) فى المناطق السكنية عندما يتم ذبح ٥٠ حيوانا على الأقل فى اليوم الواحد (ب) فى خارج المناطق السكنية	ضجيج – رائحة – خطر الذباب وتلوث المياه
٦٤	**مستودع الاخشاب :**	خطر الحريق
	او مواد مشتعلة متجانسة القوام من مصدر نباتي خشب صناعة / الواح – خشب مضغوط – قصب سندبان – احطاب .. الخ (المستودع على بعد ٣٠ مترا من بناء وماهول ولا يحوي اية ماكينات او معدات مشابهة)	
٦٥	**مستودعات حمض النمل :**	عملية تآكل وتلوث المياه
	والمحاليل التي تحتوي على ٥٠٪ من وزن الاسيد الصافى – فى خزانات سعة الواحد منها تفوق او تعادل ٥٠ طنا	
٦٦	**صناعات الاعلانات المضيئة بالنيون والكهرباء:**	خطر الحرائق
٦٧	**محلات بيع وتوزيع اسطوانات غاز البوتان والبروبان :**	خطر الحرائق والانفجارات
	– لا تزيد عن ٥٠ اسطوانة	

فهذه الانواع لا يسمح بوجودها بين المساكن الا اذا اتخذت الاحتياطات والتدابير اللازمة لتحاشى الاضرار التى تلحق بالسكان والمساكن ، فاذا اتخذت تلك التدابير جاز احداثها بين المساكن لان الضرر حينئذ غير متيقن وان لم تتخذ التدابير اللازمة صار الضرر متيقنا فيمنع من وجودها

الصنف الثالث :

ويشمل المهن التى لاتتضمن اضرارا واخطارا ظاهرة على المناطق والسكان . ولكن يجب اخضاعها الى تعليمات عامة تكفل رعاية وراحة المواطنين لئلا ينتج عنها اضرار ظاهرة . فهذه لامانع من احداثها داخل المناطق السكنية

وفيما يلى : بيان بأسماء تلك المهن ونوع الاضرار الناتجة عنهـــا

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
	مستودعات اسطوانات الايرسول :	خطر الحرائق والانفجارات
	عندما تزيد عن ١٠٠ اسطوانة ـ لاستخدامها فى المبيدات الحشرية ـ فى مستحضرات الدهانات ـ فى مستحضرات التجميل وغيرها	
١	**معامل ومحتويات تعبئة المدخرات :**	
	١ ـ عندما تكون التعبئة عادية على مدخرات لا تحتاج الى تجديد الصفائح وعندما تكون قوة التيار القصوى المستعمل لهذه العملية تزيد عن ٥ر٢ كيلووات ٢ ـ عندما يتم تجديد أو تغيير صفائح المدخرات	ضجيج ـ اطلاق مواد ضارة ـ خطر الانفجار ـ تلوث المياه
٢	**صناعة حمض النمل :**	اطلاق مواد ضارة
	بواسطة اوكسيد الفحم	
٣	**أماكن بيع الحيوانات :**	
	عندما يزيد عددها عن ٥٠ حيوانا	ضجيج ـ رائحة ـ خطر الذباب ـ تلوث المياه
٤	**معامل صناعة وتصليح وتجارب اجهزة التنبيه ومكبرات الصوت :**	ضجيج
٥	**تحميص البن والحبوب الأخرى :**	رائحة ـ دخان ـ غبار
٦	**مخازن ومحلات بيع الفحم :**	خطر الحرائق والغبار
	فى المناطق السكنية ١ ـ عندما تكون الكمية المخزونة تزيد عن ٥ طن	
٧	**مستودعات الكلس والأسمنت والجبس :**	غبار
	فى المناطق الآهلة بالسكان	

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
٨	**صناعة المسامير والبراغي :** ١ ـ بواسطة الصدمات الآلية ٢ ـ بدون واسطة الصدمات الآلية	ضجيج
٩	**محلات صقل المعادن :** ١ ـ بواسطة الأحماض ٢ ـ بواسطة الرمل والحبيبات المعدنية	اطلاق مواد ضارة ـ تلوث المياه
١٠	**طلاء المعادن بالميناء :**	دخان
١١	**صناعة حبر المطابع :** ـ عندما تتم بواسطة غلي الزيوت او بدونها ـ او ذات منشأ لمحاليل قابلة للاشتعال من الدرجة الاولى ـ أو ذات منشأ لمحاليل قابلة للاشتعال وذات رائحة قوية او سامة .	رائحة ـ خطر الحريق ـ تلوث المياه
١٢	**صناعة الحديد :** ١ ـ بواسطة فرن (مارتان) او بواسطة الفرن الكهربائي ٢ ـ أو بوسائل اخرى	خطر الحرائق
١٣	**مستودعات الخردة :** العزل أو التعبئة او المعادن القديمة كفضلات التصنيع . ادوات . معدات . سيارات ساقطة عن الاستعمال .. الخ	ضجيج ـ غبار قوامه ـ خطر الانفجار
١٤	**مستودعات الاسمدة :** المستودعات التي تحوي مواد عضوية ـ عندما تحوي على مواد حيوانية ـ عندما تخزن في العراء وفي حالة التجفيف ـ عندما تكون الكمية المخزنة ٥٠٠٠ ك غ ولا تزيد عن ٥٠٫٠٠٠ ك غ أو مايعادلها ـ عندما تكون المواد معبأة في اكياس او بدونها في حدود ٥٠٠٠ ك غ الى ٥٠٫٠٠٠ ك غ ـ وفي كل الحالات الاخرى	رائحة ـ خطر الذباب تلوث المياه ـ خطر الحرائق ـ عندما تحوي على نيترات

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
١٥	**المطاعم :** في المناطق الآهلة بالسكان	روائح ــ دخان
١٦	**مستودعات الجبن :** في المناطق الآهلة بالسكان ١ ــ مستودعات الجبن العادية ٢ ــ المخمرة او المضغوطة ابتداء من ٢٠٠ ك غ	رائحة ــ خطر الذباب ــ تلوث المياه
١٧	**مرآب السيارات :** عندما يكون في بناء آهل بالسكان مبنيا من مواد مقاومة للنار او كان في العراء ويبعد اكثر من ٥ م عن كل بناء	ضجيج ــ وروائح ــ اطلاق مواد ضارة ــ خطر الحريق ــ تلوث المياه
١٨	**معامل الرخام :** قص ونشر وصقل بالوسائل الآلية	ضجيج ــ ارتجاج ــ غبار ــ تلوث المياه
١٩	**مستودعات النفتالين :** التي تزيد عن ١ طن	خطر الحريق والروائح
٢٠	**صناعة الورق والكرتون :** صناعة الاكياس والورق المزفت	تلوث المياه ــ ضجيج رائحة
٢١	**المصابغ :**	بخار وتلوث المياه
٢٢	**محلات صب البلاط والموزاييك :**	ضجيج ــ غبار
٢٣	**محلات صب البلوك :**	ضجيج ــ غبار
٢٤	**محلات صب المواسير الاسمنتية :**	ضجيج ــ غبار
٢٥	**مطاحن السكر والملح والزعتر والفلفل والبنور والتوابل والبهارات :** التي تزيد قوة محركاتها عن ٥ احصنة	ضجيج ــ روائح ــ غبار
٢٦	**محلات خزن وبيع القطن والصوف غير المصنوع :**	رائحة ــ خطر الحريق

تسلسل	نوع الصناعات	الاضرار
	معامل صنع الحلاوة الطحينية : التي لا تزيد قوة محركاتها عن ٥ احصنة	خطر الذباب ـ الضجيج ـ تلوث المياه
٢٧	محلات بيع الأدوية والمواد الصيدلانية :	خطر الحريق والانفجارات
٢٨	مراكز انطلاق سيارات نقل الركاب : الكبيرة ومكاتب سيارة الأجرة الصغيرة	ضجيج ـ خطر الحرائق
٢٩	معامل صناعة جرار الفخار :	دخان ـ غبار
٣٠	المطابخ العامة :	روائح ـ خطر الذباب ـ خطر الحرائق

فهذه الانواع يسمح بوجودها بين المساكن لان ضررها غير فاحش وغير متيقن ، ولكن مع هذا يجب ان تخضع الى تعليمات تكفل رعاية وراحة المواطنين .

المطلـــب الثانـــى

ارتفـــاق المطارات بما حولهـــا

فى وقتنا الحاضر حدث بعض الصور الجديدة من الارتفاق وهـــى ارتفاق المطارات بما حولها من عقار . ويتمثل ذلك بالحد من ارتفـــاع المبانى القريبة من المطارات لمصلحة الطيران - فان تلك المبانـــى والمنشآت لا يسمح بارتفاعها وتعدد أدوارها الا فى حدود معينـــة لئلا تعيق حركة الطيران فى الهبوط والاقلاع من المطارات . ولـــذا فانه لا يسمح لأى صاحب أرض أن يقوم ببنائها الا بعد موافقـــة الجهـــة المسئولة عن الطيران وتحديدها للارتفاع المناسب الذى لا يتعارض مـــع حاجة حركة الطيران وعلى هذا فان كل أرض قريبة من المطار قد تقـــرر عليها حق ارتفاق بعدم التعلية للبناء الا فى حدود معينه وهذا الحـــق المنفعة المطار . فقد نص النظام(١) المعمول به حاليا فى مصلحـــة الطيران على أن المبانى التى تنشأ ضمن حدود معينة من حمى المطـــارات يتم تنسيقها بالنسبة للارتفاع المسموح به من قبل الطيران المدنى .

وهذا النوع من الارتفاق فيما يظهر لى يمكن تخريجه على مسألـــة

---

(١) خطاب رئيس الطيران المدنى رقم ٧/٣/٦٥٨١ فى ١٣٩٨/٧/٨هـ وتعميم وزير الشئون البلدية والقروية رقم ٥/٢٣٥ فى ١٣٩٨/٧/٣٠هـ

الارتفاق بالامتناع عن التصرف فى العقار لمنفعة عقار آخر. فان المطار المجاور لهذه العقارات لا يتم الانتفاع به على الوجه الاكمل الا بالحد من ارتفاع العقارات المجاورة له حتى لا تعرض أرواح المسافرين للخطر باصطدام الطائرات بتلك المبانى عند الاقلاع أو الهبوط . فكان فى تحديد ارتفاع ما حول المطارات من مبان وخضوعها لاذن الجهات ذات الاختصاص فى الطيران دفع للضرر الفاحش المتيقن . وحينئذ فهو تحقيق منفعة للمطارات يتم بها حسن استخدامها وتأدية وظيفتها على الوجه الأكمل . وبهذا يكون قد ثبت للمطارات حق ارتفاق بعدم ارتفاع ما حولها من مبان ومنشآت . فينطبق عليها تعريف حق الارتفاق . بأنه حق (وهو الحد من الارتفاع) مقرر على عقار (هو ما حول المطار من مبان ومنشآت) لمنفعة عقار آخر (هو المطار) . والله أعلم .

المطلب الثالث

فتح النوافذ

يلاحظ في المباني الحديثة انها صممت على غير ما اعتاده المسلمون من العناية بالتستر والمحافظة على ستر العورات والمحارم ويتمثل ذلك فيما نراه من التهاون في فتح النوافذ على املاك الغير بحيث ان من كان بداخل منزله يرى جاره اذا خرج الى فناء منزله او حديقته فيطلع الجار على محارم جاره وهذا امر ممنوع شرعا ، وما تسير عليه البلديات في اخراج رخص البناء هو انهم يشترطون على من اراد فتح نوافذ في جهة جاره ان يبعد بناءه عن سوره الحاجز بينه وبين جاره مسافة مترين تقريبا ، وهذه المسافة في نظر المهندسين في البلديات كافية في تسويغ فتح النوافذ في جهة الجار ، ولم يراعوا فيها ما يلحق الجار من ضرر باطلاع جاره على ما لا يرغب في الاطلاع عليه داخل منزله ومنعه من الانتفاع بملكه واستقراره فيه على الوجه الأكمل ، ولعل السبب في ذلك ان تصاميم المباني المعمول بها هي تصاميم مستوردة من بلاد غير مسلمة كبلاد الغرب الذين لا يأنفون مما يأنف منه المسلمون ولا يدينون بدين الحق فنقل المهندسون من أبناء المسلمين تلك التصاميم وطبقوها في بلادهم ولم يعملوا فكرهم في تعديل ما لا يليق بأخلاق المسلمين ويتنافى مع شرعهم ،والا لو ارادوا ذلك لكان بامكانهم ايجاد تصاميم جميله وصحية ومتفقه مع ما يناسب حال المسلمين من الشيمة والحشمة ، وتمكن من تمام الانتفاع بالملك.

حكم الاطلاع على عورات الغير

لم يخالف أحد من علماء المسلمين فى تحريم الاطلاع على عورات الغير فقد جاء الاسلام محذرا من الاطلاع على شىء من ذلك ومتوعدا عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه ابو هريره رضى الله عنه : (لو أن امرءا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح) متفق عليه.(١)

واللفظ للبخارى . فأهدر رسول الله صلى الله عليه وسلم عين المطلع على عورات الغير صيانة للمحارم وحفظا للاعراض وابعادا عن الشبه ، فدل ذلك على تحريم الاطلاع على عورات الغير ، انه من الضرر الفاحش الذى يجب منعه عن الجار ولا خلاف فى هذا بين العلماء ، وانما الخلاف فيما يجب على من حذف عين المطلع عليه ، وليس هذا محل بحثه فليرجع اليه من اراد فى موضعه من كتب الفقه .

وفتح النوافذ التى يطلع منها على عورات الغير تعتبر وسيلة للاطلاع وما كان وسيلة الى المحرم فهو محرم .

وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بسد النافذة التى يمكن الاطلاع منها على الجار . قال فى المدونة : ((اخبرنا ابن لهيعة انه كتب الى عمر بن الخطاب فى رجل أحدث غرفة على جاره ففتح عليها كوى فكتب اليه عمر: ان يوضع وراء تلك الكوى سرير ويقوم عليه رجل فان كان ينظر الى ما فى دار الرجل منع من ذلك . وان كان لا ينظر لم يمنع من ذلك)) (٢)

---

(١) صحيح البخارى بشرحه فتح البارى جـ ١٢ ص ٢٤٣ ، صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٤ ص ١٣٨ .

(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ ، الاعلان فى احكام البنيان ص ٢٥ .

وما هذا الوعيد والمنع من الاطلاع على الغير الا لما فيه من الضـــرر الفاحش بالجار بالاطلاع على ما لا يرغب فى اطلاع غيره عليه فيجب رفع هــــذا الضرر عنه لينعم بسكنه . لأن السكن مكان راحته واستقراره فكل ما يحـــول دون ذلك او ينقص منه يجب رفعه .

واجب المهندسين المسلمين

اتضح لنا مما سبق حكم الاطلاع على عورات الغير وانه محرم . وواجب المسلم ان يلتزم بما جاء به شرع الله في كل أمر ومن ذلك الكف عما نهى عنه الدين الحنيف ومن مسائل هذا الباب الاطلاع على عورات الغير والوسائل المؤدية الى ذلك ومن الوسائل فتح النوافذ على الجار بلا قيود ولا حدود اللهم الا الارتداد عن السور مقدار مترين وهذه لا تفيد شيئا مما نقصده في المنع من كشف منازل الجيران ، والذى يتولى اعداد ومراجعة خرائط وتصاميم البناء ويملك الرفض والأذن هم المختصون بالادارات الهندسية في دوائر البلديات : فالى هؤلاء توجه نداء بأن يتقوا الله في أمة المسلمين وان يعملوا على ايجاد التصامين والمخططات المناسبة لدينهم وخلقهم وان لا يعرضوا اخلاق المسلمين للفساد ويلزموهم بتصاميم تتفق مع اخلاق الغرب لا المسلمين ، فيجب عليهم ان يعملوا فكرهم في ايجاد التصاميم البديلة وهو امر ليس بعسير عليهم .

ولكي يتضح مدى الضرر الذى ينال الجيران من فتح النوافذ على املاكهم اضرب هذا المثال :

لو كان هناك عمارة مكونة من خمسة ادوار مثلا لها نوافذ في جميع جهاتها ويجاورها منازل ذات حدائق وأفنية فان اصحاب هذه المنازل لا يستفيدون من افنيتهم وحدائقهم بسبب اطلاع أهل العمارة عليهم وكشفهم لمحارمهم بل واحيانا اذا كانت النوافذ متقابلة يرى من في هذه العمارة

من كان داخل العمارة الأخرى فيطلع بعضهم على بعض فكيف يدفع اصحاب المنازل ذات الافنية والحدائق الضرر عن انفسهم ، هل يبنون سورا محيطا بمنازلهم ارتفاعه يصل الى ما يساوى خمسه ادوار . ان هذا فى نظرى أمر شاق وغير عملى . بينما يمكن ايجاد حلول يسيرة ولا تضر بأحد وهى تكليف صاحب النافذة بالتحكم فى نافذته فى حدود ملكه وحسبى ان اشارك فى تقديم بعض الحلول لمثل هذه المشكلة . فأرى ان على من اراد فتح نوافذ فى جهة الجيران او جهة الشارع ولكن فى الجهة المقابلة له منازل للغير سواء أكان ما يريد بناءه دورين او عدة ادوار ان يختار للنوافذ احد النماذج التالية :

النموذج الاول :

ان يفتح نافذه دون قامة الانسان بالارتفاع الذي يريد ولكن يجب عليه ان يضع امامها على بعد ٥٠سم تقريبا من مفتح النافذة حاجزا من خشب او زجاج غير شفاف ونحوهما ويمتد من هذا الحاجز مثبت يثبته بجدار النافذة ويكون حجم الحاجز يزيد عن حجم النافذة قليلا وخاصة من جهة الاسفل ومفتوح من جهاته الاربع العلوية والسفلية واليمين والشمال فلم يحجز عن الناظر الا جهة الأمام . وهذا فى حال ما اذا كانت النافذة على الشارع فيستفيد صاحب النافذة من التهوية والاضاءة والرؤية ويجب ان يتحكم فى بعد الحاجز من جهة الاسفل عن فتحة النافذة حسب اتساع عرض الشارع بحيث كلما قل عرض المساحة كان الحاجز اكثر نزولا عن حد النافذة السفلى واذا كانت واسعة كان اقل نزولا وهكذا . انظر صورة النموذج الشكل رقم (١) .

واذا كانت النافذة على فنائه ولجيرانه افنية فانه يوضع فى النمــوذج السابق حاجز عن الرؤية من جهة اليمين والشمال .

النموذج الثانى :

ان يجعل امام النافذة جناحا خارجيا (بلكون) ويكون ارتفاع جداره فوق قامة الانسان ولا بأس يجعل جزء من ذلك الجدار زجاجا غير شفــــاف وبهذا يتمكن صاحب النافذة من الاستفاد من التهوية والاضاءة التامة دون ان يطلع على ملك غيره . انظر الشكل رقم (٢) .

النموذج الثالث :

ان يجعل جدار الغرفة التى يراد فتح نافذة او باب لهاداخــــلا عن حد البناء الخارجى ويجعل المتبقى من ذلك جناحا داخليا أى لا بروز له ويجب تعلية جدار الجناح الى فوق قامة الانسان ولو جعل اعلاه مــــن الزجاج غير الشفاف فلا مانع وهذا النوع يستفاد منه فى الاضاءة والتهويـــــة دون الرؤية . انظر الشكل رقم (٣) .

النموذج الرابع :

ان يوضع فى فتحة النافذة زجاج غير شفاف ومثبت بحيث لا يمكـــــن فتحه فيستفاد من هذا النوع فى الاضاءة فقط وهذا النوع لا تحديد لارتفـــاع مستواه لعدم امكان الرؤية من خلاله . انظر الشكل (٤) .

النموذج الخامس :

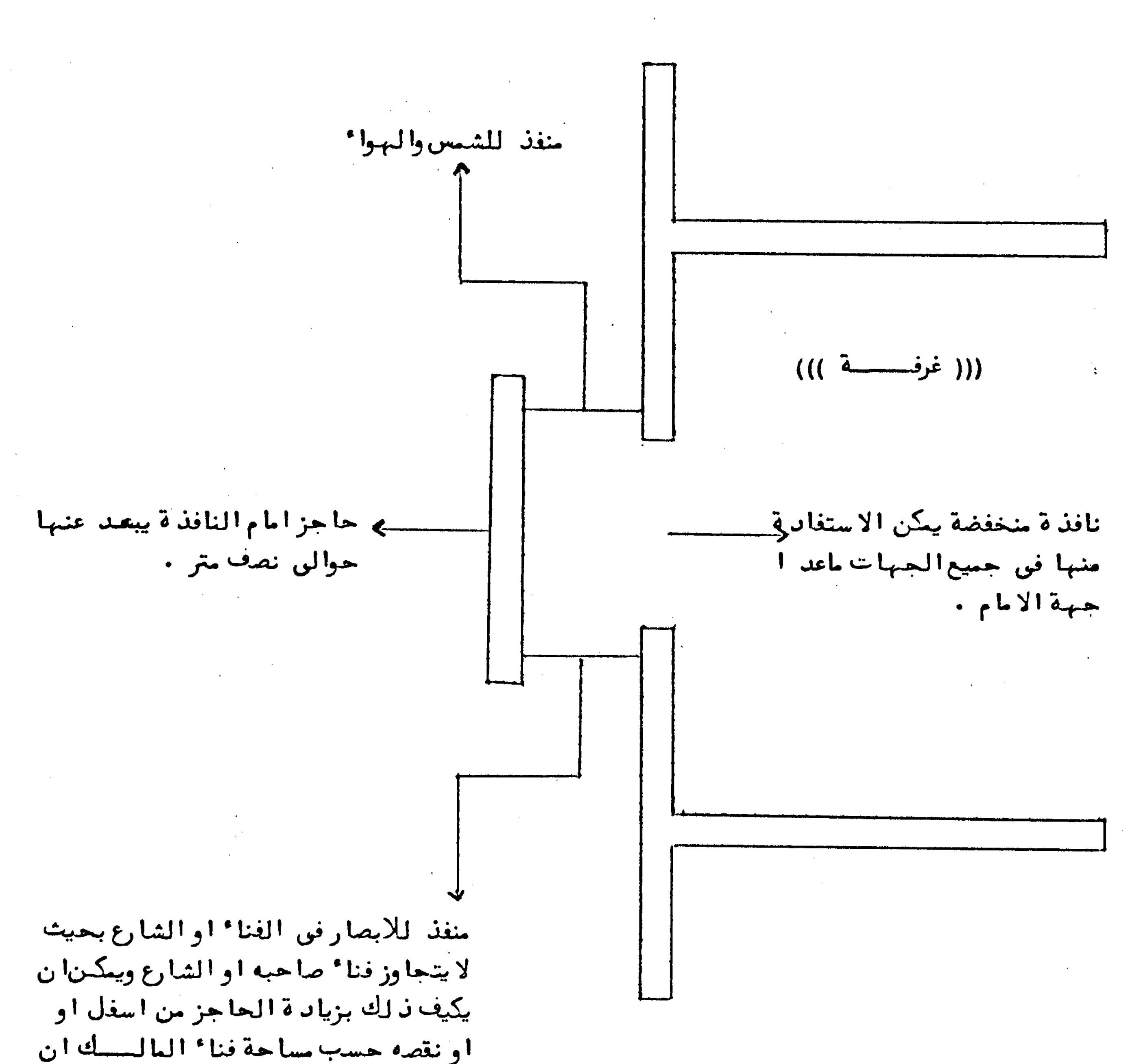
ان تكون فتحه النافذة دون قامة الانسان ويوضع فيها الى ما فوق قامة الانسان زجاج غير شفاف ومثبت وما فوقه يكون متحركا . فيستفاد من هـــذا النوع فى الاضاءة والتهوية . انظر الشكل رقم (٥) .

النموذج السادس :

ان تكون فتحة النافذة فوق قامة الانسان بحيث لا يستطيع أحـــد الاطلاع منها الا بالصعود على سلم ونحوه فيستفاد من هذا النوع بالاضـاءة والتهوية دون الابصار . انظر الشكل رقم (٦) .

الى غير ذلك من النماذج التى تحقق مصلحة صاحب البنـــاء دون ان تضر بالآخرين من جيرانه . والله اعلم .

كل رقم (١)

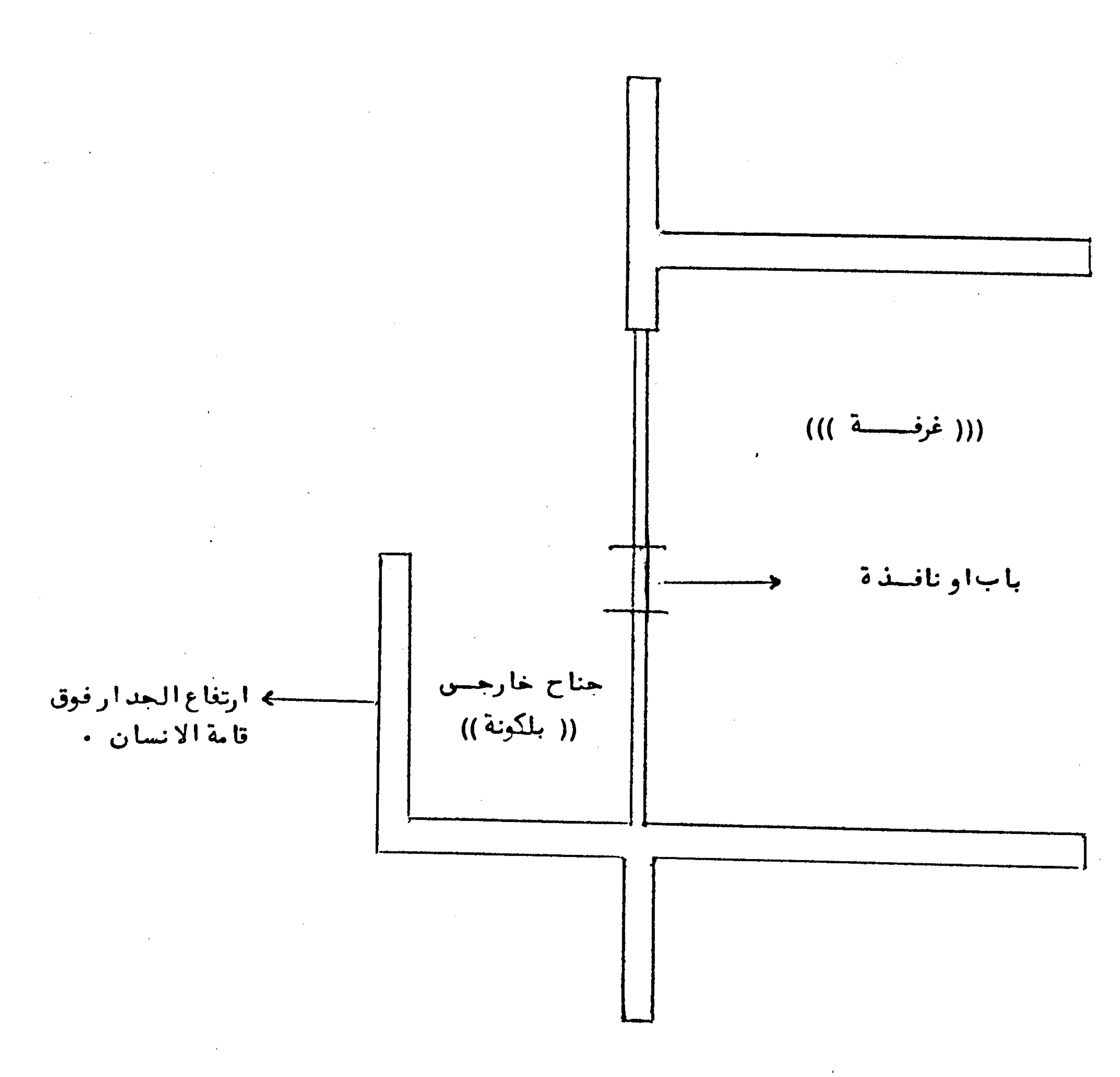


منفذ للابصار فى الفناء او الشارع بحيث لا يتجاوز فناء صاحبه او الشارع ويمكن ان يكيف ذلك بزيادة الحاجز من اسفل او او نقصه حسب مساحة فناء المالــك ان ان كانت النافذة تطل على فنائـــه او اتساع الشارع ان كانت تطل على الشارع

ملاحظـة :

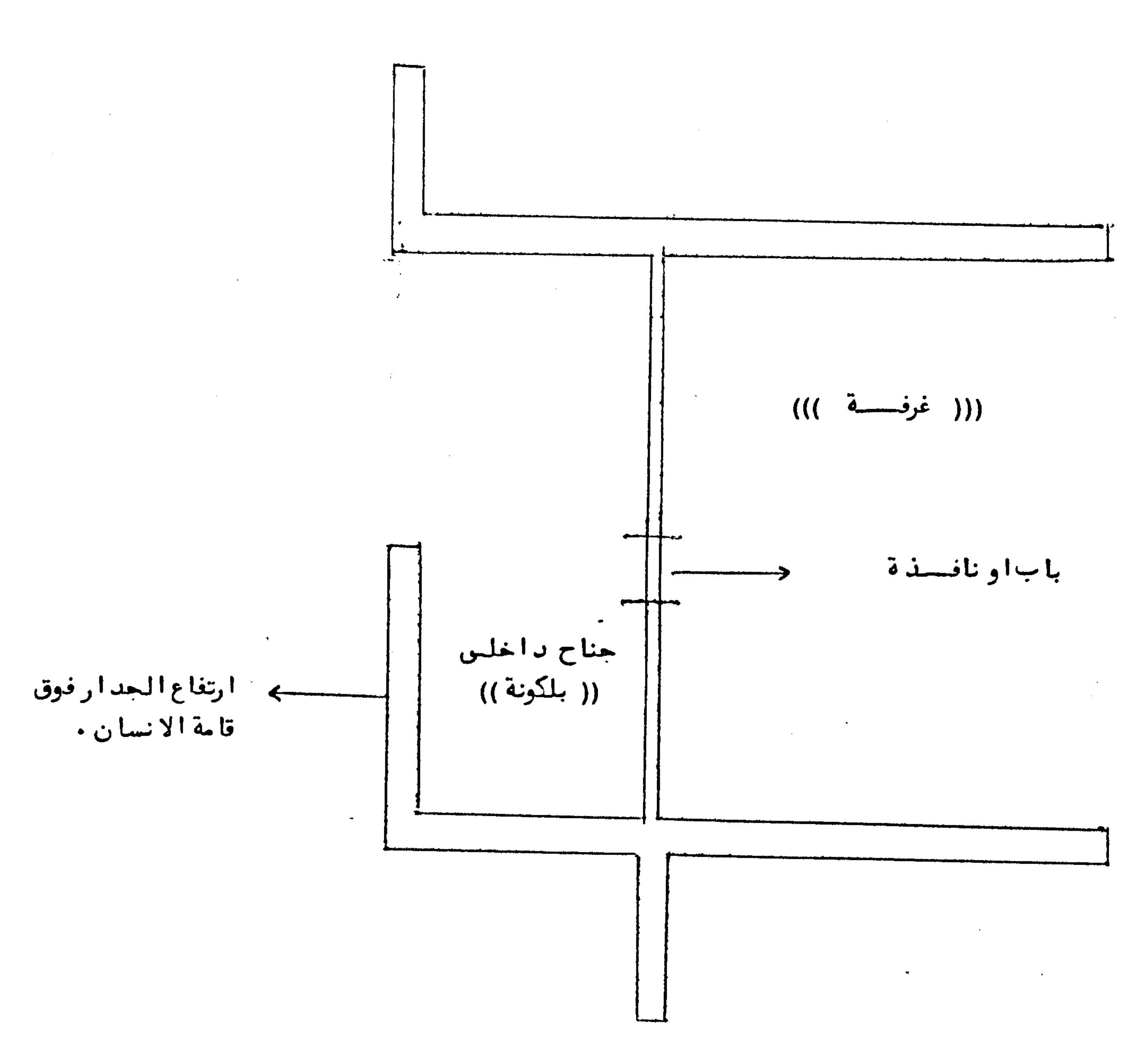
يلاحظ ان هذه النافذة يستفاد منها فى التهوية والاضاءة والرؤية من الجهـــات الاربع بالنسبة للقائم امام النافذة فلــم يحجز عنه سوى الجهة الامامية . واذا كان فتح جهة اليمين والشمال يؤدى الى رؤية من بملك الجار فيمكن ان يســـد ماكان فى جهته الى مافوق قامة الانسان

ـ رقم (٢)



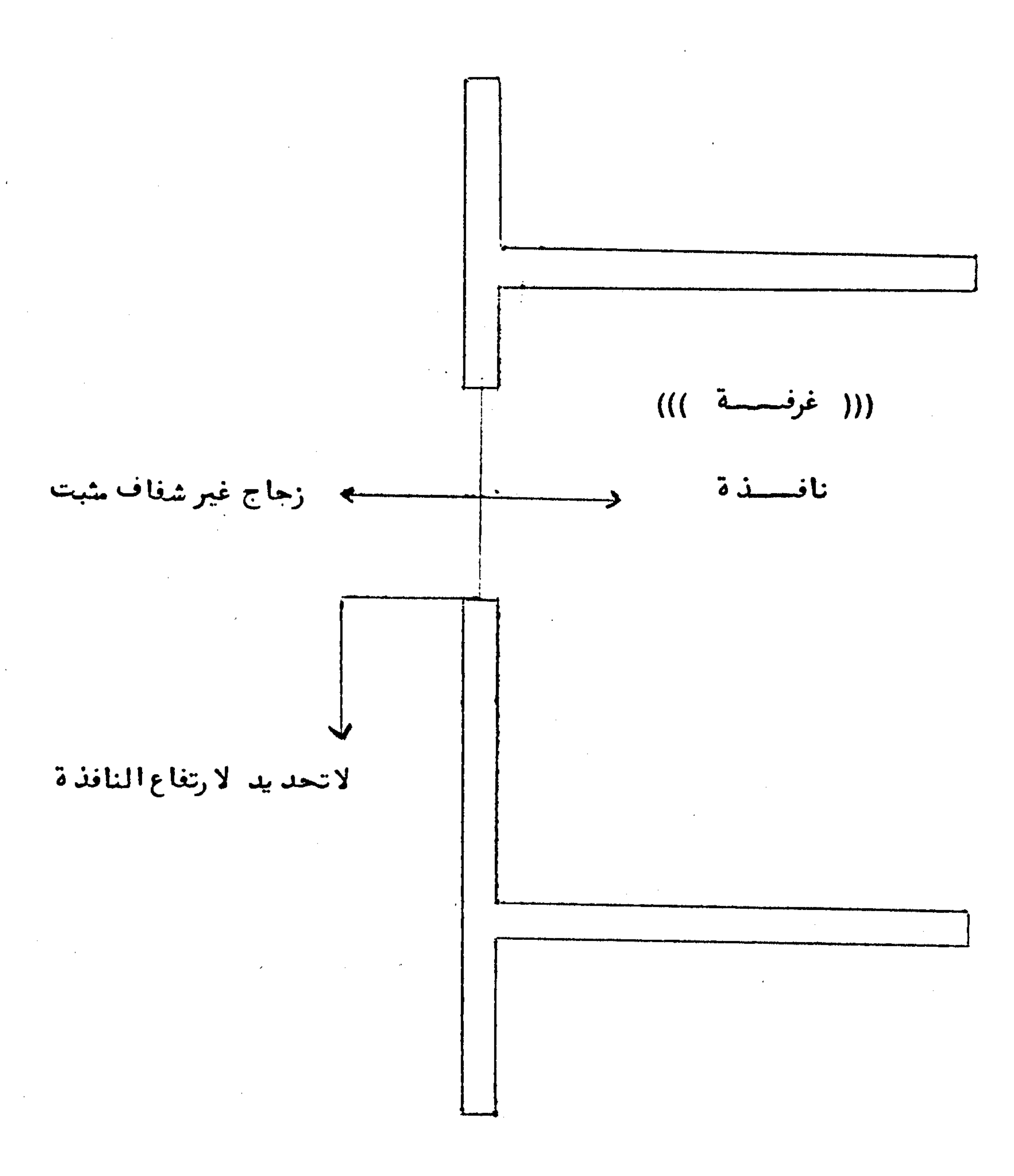
في هذا الشكل يستفاد من الاضاءة والتهوية دون الرؤيــة .

ل رقم (٣)



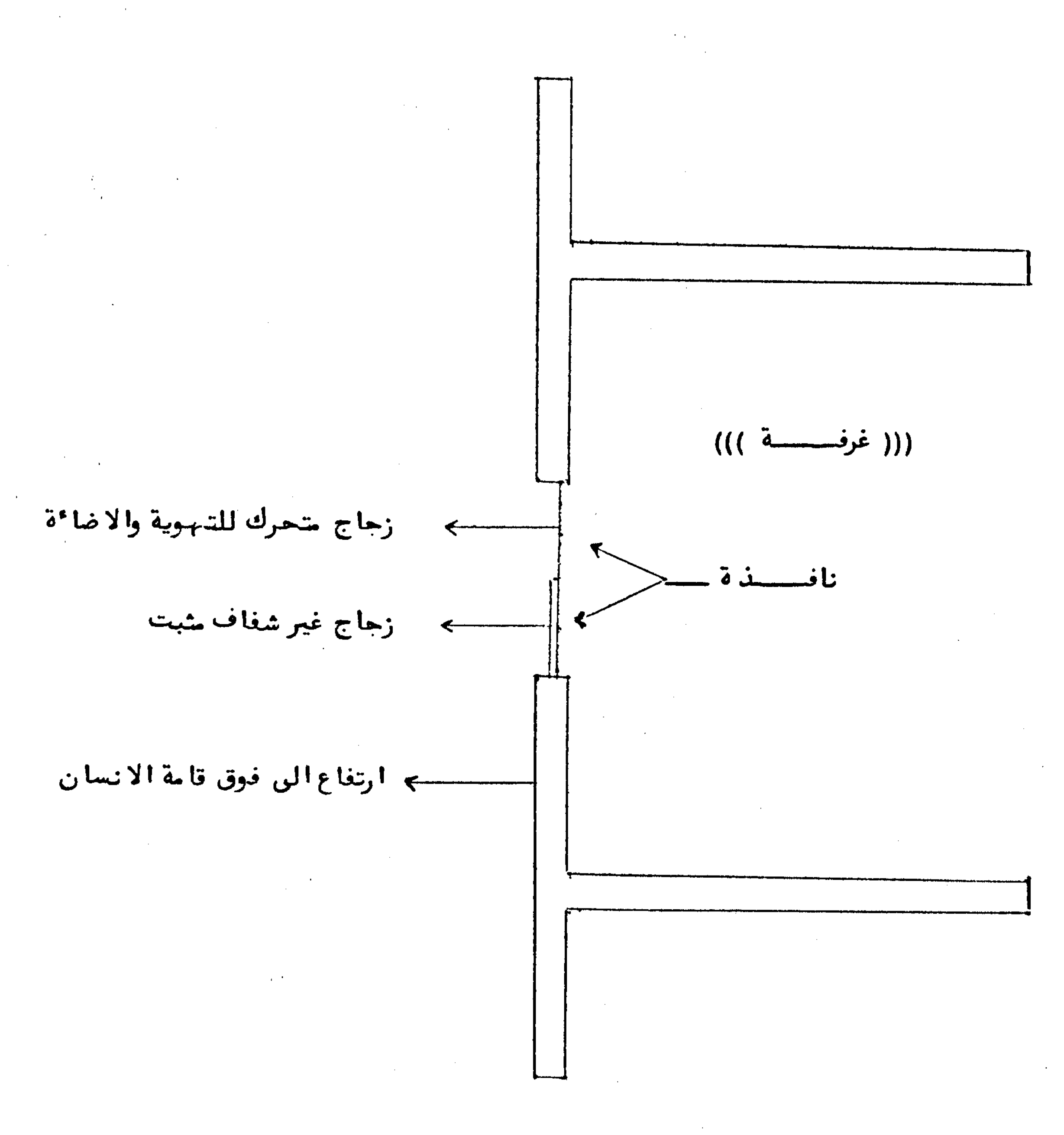
فى هذا الشكل يستفاد من الاضاءة والتهوية دون الرؤيـــة .

ـ رقم (٤)



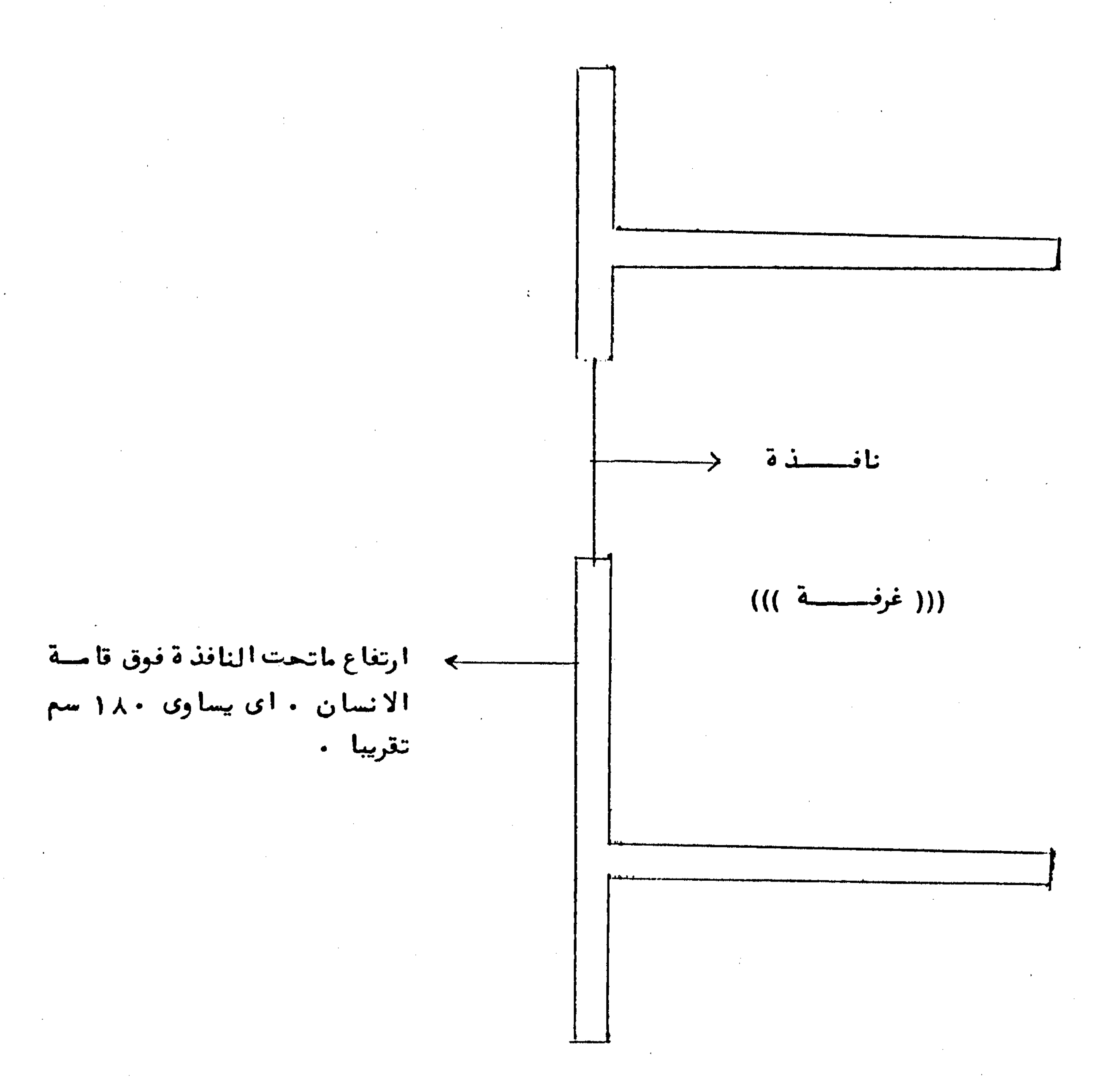
فى هذا الشكل يستفاد من النافذة بالاضاءة فقط دون التهوية والروءية .

ـ رقم (٥)



يستفاد منها فى الاضاءة والتهويـــــة .

ـ رقم (٦)



يستفاد من هذا النوع بالاضاءة والتهوية دون الرؤيـــــة .

الفصـــــل الثانـــــى

الجوار الرأسى

(حــق التعلــى)

تعريف حق التعلــــي :

تعريف التعلي لغــة

التعلي لغة : بمعنى الصعود : يقال : تعلّى . وعلاه . وبــه واستعلاه . واعلولاه . وأعلاه . وعلّاه . وعالاه . وبه . بمعنى صعده .

وعُلْو الشئ وعِلْوه . وعَلْوه . وعُلاوته . وعاليته : أرفعه . يتعــدى اليه بحرف وبغير حرف كقولك : قعدت عُلْوه وفي عُلْوه . والعُلُو : ارتفــاع اصل البناء .

وقال ابن السكيت : سِفْل الدار وعِلْوها وسُفلها وعُلْوها . فعلــو الدار ضد سفلها .

وعلا الشئ عُلُوّاً فهو عليّ . وعَلِيّ . وتَعَلّى . وعلا في المكان مــن باب سما . (١)

تعريف حق التعلــي شرعــا :

لم أجد من الفقهاء المتقدمين من عرف حق التعلي وقد عرفــه بعض العلماء المعاصرين فقال :

" هو ان يكون لشخص الحق في ان يعلو بناؤه بناء غيره " (٢)

---

(١) ماده (علا) لسان العرب جـ ١ ص٨٣ — ٩٥ ، القاموس المحيط جـ٤ ص٣٦٥ — ٣٦٦ ، المصباح المنير جـ٢ ص٧٨ — ٧٩ ، مختار الصحاح ص ٥٧٩ — ٥٨٠ .

(٢) احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف والمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د عبد الكريم زيدان ص٢٣٧ ، الشريعة الاسلامية . بدران ابو العنين ص٣٤٧ .

ويتحقق ذلك في دار ونحوها لها سفل وعلو فيبيع صاحبها علوهـا لشخص أو يبيعه أرضها وسفلها فيكون السفل للمالك والعلو لمالك آخر ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفل .

وكذلك يتحقق في دار مكونة من ثلاث طبقات فاكثر يبيعها مالكها لثلاثة اشخاص فأكثر لكل شخص طبقة من طبقاتها فيكون للاعلى حق التعلي والقرار على مايليه ولمن يليه حق التعلي والقرار على مايليه وهكذا الى الطبقة الارضية .

وكذا لو كانت دار موروثة واتفق الورثة على قسمتها على الوجه السابق . (١)

---

(١) مختصر احكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٤ ، وانظر المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د . عبد الكريم زيدان ص ٢٣٧ .

احكـام حـق التعلـى

سنتناول احكام حق التعلى فى مبحثين

المبحـث الاول

حكم تصرف ملاك الطبقـات

المبحـث الثانـى

فى احكام انهدام العلو والسفـل

المبحث الاول

حكم تصرف ملاك الطبقات

التصرفات التي يقوم بها ملاك الطبقات ترجع الى أحد انواع ثلاثة هي :

النوع الاول : تصرفات لا تؤدى الى الحاق ضرر بالاطراف الاخرى كالتصرفات المعتادة من تمديد الماء والكهرباء والهاتف ودهن الحيطان والسقوف ونحو ذلك فهذه التصرفات مباحة اتفاقا ولا يجوز لأحد ملاك الطبقات الاعتراض عليها لانه لا ضرر منها والحاجة اليها قائمة . (١)

النوع الثاني : تصرفات شأنها الحاق الضرر بالاطراف الأخرى كتصرف صاحب السفل بهدم ناحية من حائطه او تكسير بعض الاعمدة والجسور ونحو ذلك مما يوهن البناء ويعرضه للسقوط عادة او تصرف صاحب العلو بزيادة المباني العلوية زيادة لا يتحملها المبنى وتؤدى الى انهيار البناء فى الغالب فهذا النوع من التصرف لا يجوز باتفاق لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الحاق الضرر بالغير بقولة (لا ضرر ولا ضرار) وهذا ضرر ظاهر فلا يجوز . (٢)

---

(١) الفتاوى البزازية جـ٣ ص٤١٨ ، الهداية وشرحها العناية جـ٥ ص٥٠٣ الدر المختار وحاشيته رد المحتار جـ٤ ص٣٥٨ .

(٢) درر الحكام جـ٣ ص٢١٠ــ٢١٥ ،وانظر المادة رقم (١١٩٢) من مجلة الاحكام العدلية .

النوع الثالث : التصرفات التي تدور بين هذين النوعين . وهي المحتملة للضرر وعدمه . فقد تؤدي الى الضرر وقد لاتؤدي . وذلك كفتح باب او نافذة في السفل او زيادة مبان قليله في العلو او وضع اثاث ثقيل فيه ونحو ذلك فهذا النوع اختلف العلماء فيه على قولين :

القول الاول : لاتجوز هذه التصرفات وبهذا قال ابو حنيفة (١) : فيرى أنه ليس لصاحب السفل ان يتد في حائطه وتدا ولا ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو .

وقوله هذا مبني على ان الاصل عنده في التصرف فيما يتعلق به حق الغير الحظر ، واطلاق تصرف الانسان بملكه الذي تعلق به حق الغير انما هو لعارض وهو تيقن عدم الضرر ، فما اشكل ولم يتيقن عدم الضرر فيه يبقى على الاصل وهو الحظر ومن ذلك تصرفات مالكي العلو والسفل فما لم يتيقن عدم ضرره بالآخر لا يجوز (٢) .

القول الثاني : تجوز تلك التصرفات فلكل من اصحاب الطبقات ان يتصرف في ملكه في مثل غرز الوتد وفتح النافذة ونحو ذلك بدون أذن الآخر مادام ان ضررها غير متيقن . وبهذا قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية (٣) وقولهم هذا مبني على ان الاصل عندهما في التصرف في الملك الاباحة .

---

(١) الهداية وشرحها فتح القدير والعناية جـ٥ ص٥٠٢ — ٥٠٣ ، الفتاوى البزازية جـ٣ ص٤١٨ . تبين الحقائق جـ٤ ص١٩٤ ، الدر المختار وحاشيته رد المحتار جـ٤ ص٣٥٨ .

(٢) الهداية وشرحها فتح القدير جـ٥ ص٥٠٢ — ٥٠٣ ، تبين الحقائق جـ٤ ص ١٩٤ — ١٩٥ رد المحتار جـ٤ ص٣٥٨ .

(٣) نفس المرجع السابق .

والحظر انما هو لعارض الضرر . فاذا كان التصرف غير متيقن ضرره بالآخر لم يجز المنع . لان اباحته متيقنه والضرر مشكوك فيه فلا يعدل عن اليقين الا بيقين اذ اليقين لا يزال بالشك (١) .

والذى يظهر لى من عبارات المالكية والشافعية والحنابلة انهم موافقون للصاحبين فى القول بجواز التصرف لكل من صاحب السفل فى سفله وصاحب العلو فى علوه اذا كان هذا التصرف غير مضر ضررا ظاهرا .

فمن عبارات المالكية :

قال احمد الدردير : " وقضى على صاحب علو مدخول عليه بعدم زيادة العلو على السفل الا الخفيف وهو مالا يضر عرفا حالا ولا مآلا بالاسفل "(٢)

ويقول الدسوقى معلقا على ذلك :

" يعنى ان صاحب العلو اذا اراد ان يزيد فى البناء على علوه الذى دخل عليه فانه يمنع من ذلك ويقضى عليه بعدم فعله لانه يضر ببناء الاسفل . اللهم الا أن يزيد زيادة خفيفة لا يحصل معها ضرر حالا ولا مآلا بالاسفل فلا يمنع حينئذ ويرجع فى ذلك لاهل المعرفة " (٣)

فأذن المالكية لصاحب العلو ان يزيد فى بنائه اذا كان هذا البناء خفيفا لا يضر وجعلوا تحديد الضرر من غيره لأهل الخبرة فهم الذين يقررون ماكان مضرا فيمنع وماليس بمضر فيسمح به .

---

(١) الهداية وشرحها فتح القدير جـ٥ ص ٥٠٢-٥٠٣ ، تبيين الحقائق جـ٤ ص ١٩٤ - ١٩٥ .
(٢) الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص ٣٢٩ — وانظر التاج والاكليل جـ٥ ص ١٤٧ .
(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٢٩ .

واما الشافعيـــــة :

فقد فصلوا القول فى هذه المسألة فقالوا : انه يجوز لكل مـــن مالكى العلو والسفل أن يتصرف فى ملكه التصرف المعتاد فيجوز لصاحـب العلو الجلوس ووضع الاثقال على السقف على الاعتياد ، ويجوز لصاحب السفـل الاستظلال والاستكنان به وتعليق الامتعه الخفيفة كالثوب . وعللوا لذلـك : بأنه لو لم يجز ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع (1) .

واما تعليق صاحب السفل للامتعة الثقيلة بالسقف ففيه وجهـــان لهما :

اظهرهما : أنه يجوز له ان يعلق بالسقف كل ما أعتاد الناس تعليقه ولو كان ثقيلا للمساواة بينه وبين صاحب العلو فى تحميل السقف بالثقل فكمـا يجوز لصاحب العلو ان يضع عليه الاثقال يجوز لصاحب السفل ان يعلـق به مايحتاجه من امور ولو كانت ثقيلة .

والثانى : لا يجوز لصاحب السفل ان يعلق بالسقف شيئا مـــن ذلك لعدم الضرورة الى ذلك .

وعلى القول بالجواز هل التعليق الجائز هو الذى لا يحتاج الـــى اثبات وتد فى السقف ؟ فيه وجهان :

احدهما : ان الجائز ماكان كذلك .

والثانى وهو الاظهر : ان لا فرق بين مايحتاج الى اثبات وتد فـــى

---

(1) فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٩ ، اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢٥ .

السقف وما لا يحتاج لذلك .

وعلى القول بأن ليس لصاحب السفل اثبات الوتد والتعليق فيه .
فليس لصاحب العلو غرز الوتد في الوجه الذي يليه لعدم الضرورة الى ذلك (١)

وعلى القول بجوازه لصاحب السفل ففي جوازه لصاحب العلو
وجهان :

اظهرهما : يجوز كالاسفل .

والثاني : لا يجوز لندرة الحاجة لغرز الوتد بخلاف التعليق . (٢)

واما الحنابلة :

فلم ينصوا على شيء في هذه المسألة ولكن يفهم من قولهم بمنع
الانسان من ان يحدث في ملكه مايضر بجاره (٣) انهم يمنعون من التصرف
الضار بين صاحبي السفل والعلو ومالا ضرر فيه ظاهرا لا يمنع منه . هذا
ما ظهر لي والله اعلم .

---

(١) فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٤ — ٣٢٥ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٩ .
(٢) اسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٢٥ ، فتح العزيز جـ ١٠ ص ٣٢٥ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٩ .
(٣) المغني جـ ٤ ص ٥٧٢ ، الانصاف جـ ٥ ص ٢٦٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٠٨ ص ٤٠٩ .

الراجـــــــح :-

الذى يظهر لى ان الراجح ماذهب اليه القائلون بأن التصــــرف الذى لايترتب عليه ضرر ظاهر جائز وان احتمال حصول الضرر من التصـــــرف فى العلو للسفل يختلف باختلاف نوع البناء فما يعتبر مضرا بما بنى بالطــــين واللبن قد لا يعتبرمضرا بما بنى بالاسمنت المسلح والحديد وهذا قــــــد يختلف بحسب كمية ما اودع فيه من مادة الاسمنت والحديد . فقد يكــــون البناء يحتمل اقامة ادوار متعددة بسبب قوة الاساسات والاعمدة والجســـور . وقد لا يحتمل بناء غرفة صغيرة او خزان بسبب قلة مادة الاسمنت وضعف الحديد فيه . فالذى اراه فى مثل تلك الامور ان أهل الخبرة وهم المهندسون المختصون بالبناء هم الذين يدركون الفرق بين مايعتبر تصرفا مضراوغير مضر فى كـــل حال بحسبها كما هو رأى المالكية والله اعلم .

المبحث الثانـــــي

في احكام انهدام السفل والعلو

ويشتمل على مطلبـــين :

المطلب الاول : انهدام السفل :

اذا كان السفل لشخص والعلو لآخر فانهدم السفل فان العلـــو ينهدم معه . وانهدام السفل اما ان يكون بفعل صاحبه من غير رضا صاحب العلو . واما ان يكون بسبب المؤثرات الطبيعية كمرور الزمن وبلى المـــواد ومداهمة السيول ونحو ذلك

ففي الحال الاولى : وهي ما اذا كان انهدام السفل بفعـــل صاحبه بدون رضا صاحب العلو . يلزم صاحب السفل باعادة البناء على مـــا كان عليه قبل ذلك . لان تصرفه بالهدم يعتبر تعديا على حق صاحـــب العلو اذ قد فوت عليه حقه بالسفل فيلزمه الضمان ولا خلاف في هذا بـــين العلماء . (١)

---

(١) فتح العزيز جـ ٥ ص ٣٠٥ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ١١٥ ، تبيين الحقائق جـ٤ ص ١٩٥ ، الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٢٨ ، المهذب جـ١٣ ص ٤١٨ ، المغني جـ ٤ ص ٥٦٩ .

وفي الحال الثانية : وهي ما اذا كان انهدام السفل بسبب العوامل والمؤثرات الطبيعية كأن يكون البناء قد وهى وبلى او خاف صاحبه من سقوطه لنحو ذلك فقام بهدمه فهل يلزم ببنائه لاجل ان يبني عليه صاحب العلو ام لا ؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الاول : انه يلزم بذلك . وبهذا قال المالكية (١) وهو قديم قولي الشافعي (٢) . والمذهب عند الحنابلة . (٣)

وعللوا لذلك : بأن في ترك البناء اضرارا بصاحب العلو فيجبر على البناء كما يجبر على القسمة اذا طلبها احدهما وعلى النقض اذا خيف سقوطه عليهما لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وصاحب العلو وصاحب السفل يتضرران بترك البناء . وفي اجبار الممتنع زوال الضرر عنهما كالاجبار على الانفاق على البهائم المشتركة . (٤)

القول الثاني : ان صاحب السفل لا يلزم باعادة بناء سفله مادام لم يتعد بهدمه . وبهذا قال الحنفية (٥) :

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ٣ ص ٢٢٨ ، بلغة السالك جـ٢ ص ١٧٤ ، التاج والاكليل جـ٥ ص ١٤٦ .

(٢) المهذب وشرحه المجموع جـ ٣ ص ٤١٨ — ٤١٩ ، الحاوي للماوردي جـ ٧ لوح ٧٩ .

(٣) المغني جـ ٤ ص ٥٦٨ ، الانصاف جـ٥ ص ٢٧١ ، المحرر جـ ١ ص ٣٤٣ .

(٤) المغني جـ ٤ ص ٥٦٨ ، الحاوي للماوردي جـ ٧ لوح ٧٩ .

(٥) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٣ ، تبيين الحقائق جـ٤ ص ١٩٥ ، الفتاوى الخانية جـ٣ ص ١١٥ — الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤٢٠ .

وهو جديد قولى الشافعي (١) وقال الماوردى انه الصحيح (٢) ، وهو رواية عند الحنابلة . (٣)

وعللوا لذلك : بأن الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه فان شاء بناه وان شاء تركه كما لو لم يكن عليه علو لغيره . ولا يجبر على عمارة ملك غيره فى حال الانفراد فوجب ان لا يجبر على عمارتها فى حال الاشتراك كالزرع والغراس لو اشتركا فيه فانه لا يجبر الممتنع منهما . ولانه لا يخلو اما ان يكون الاجبار لمصلحة نفسه او لمصلحة غيره . وقد تقرر انه لا يجبر على واحد منهما . (٤)

ولصاحب العلو اذا شاء الانتفاع بحقه ان يبنى السفل حتى يبلغ موضع علوه ثم يبنى عليه علوه . ويمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله حتى يؤدى قيمة بناء السفل . (٥)

---

(١) المهذب وشرحه المجموع جـ١٣ ص ١٨ ٤ — ٤١٩ ، الحاوى للماوردى جـ٧ لوح ٧٩ .

(٢) الحاوى للماوردى جـ ٧ لوح ٧٩ .

(٣) المغنى جـ ٤ ص ٥٦٨ ، المحرر جـ ١ ص ٣٤٣ ، الانصاف جـ٥ ص ٢٧١ .

(٤) الحاوى للماوردى جـ ٧ لوح ٧٢ .

(٥) العقود الدرية جـ ٢ ص ٢٧٣ ، الفتاوى الخيرية جـ ٢ ص ٢٠٣ — ٢٠٤ ، الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤٢٠ .

واجابوا عن استدلال أصحاب القول الاول : بعدم التسليم بأن في ترك البناء اضرارا بصاحب العلو وانما الضرر حصل بالانهدام . وترك البناء ترك لما يحصل النفع به . وهذا لا يمنع منه ، بدليل حالة الابتداء وان سلمنا أنه اضرار لكن في الاجبار اضرار أيضا ، ولا يزال الضرر بالضرر ، وقد يكون صاحب السفل لا نفع له في بناء سفله في الوقت الراهن او يكون الضرر عليه اكثر من النفع أو يكون معسرا ليس معه ما يبني به فيكلف الغرامة مع عجزه عنها . (١)

وقياسهم البناء على القسمة قياس مع الفارق .

فان القسمة دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه . والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وانفاق المال . ولا يلزم من اجباره على ازالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على ازالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر (٢) .

وقياسهم البناء على هدم الحائط اذا خيف سقوطه قياس مع الفارق أيضا : لان الحائط الذى يخاف سقوطه لو ترك لربما سقط على انسان او مال فأتلفه فيجبر على ما يزيل الخطر والضرر الظاهر ولهذا فانه يجبر على هدمه وان انفرد بملكه بخلاف مسألتنا . (٣)

وقياسهم البناء على الانفاق على البهائم في الجبر على ذلك قياس مع الفارق أيضا لان في عدم الانفاق على البهائم تعريضها للهلاك ولا شيء من ذلك في ترك البناء .

---

(١) المغني جـ٤ ص٥٦٦ وانظر الحاوى للماوردى جـ٧ ص٩٧ .
(٢) المغني جـ ٤ ص ٥٦٦ .
(٣) المغني جـ٤ ص ٥٦٦ .

الراجـــــح :

الذي يظهر لي ان الراجح ماذهب اليه اصحاب القول الثانـــــي من عدم اجبار صاحب السفل على بناء سفله لما ذكروه من التعليلات الصحيحة فان في الاخذ بهذا القول مراعاة لحال كل من الطرفين وحفظا لحقوقهمـــا مع عدم الاضرار بأي منهما . فصاحب العلو يتمكن من الوصول الى حقه والانتفاع به على الوجه المطلوب اذا أراد ذلك . وصاحب السفل لا يكلف مالا يريـــد ولا يناله شيء من الضرر . والله اعلم .

اذا تبين ذلك فهل ينفرد ببناء السفل صاحبه أم يشاركه فيه صاحب العلو ؟ هذا ماسنجيب فيما يلي :

نفقات بناء السفل :

اختلف العلماء في نفقات بناء السفل هل تلزم صاحب السفل وحـــده ام يشاركه فيها صاحب العلو على قولين :

القول الاول ان بناء السفل على صاحبه . ولا يتحمل صاحب العلـــو شيئا من تكاليف البناء بل ينفرد صاحب السفل ببنائه كما ينفرد صاحب العلـــو بالبناء فوق ذلك . وبهذا قال الحنفية (١) والشافعية (٢) وهو المذهـــب عند الحنابلة . (٣)

---

(١) الفتاوى الخيرية جـ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) الحاوي للماوردي جـ٧ لوح ٨٠ .

(٣) الانصاف جـ٥ ص ٢٧١ ، المحرر جـ١ ص ٣٤٣ .

القول الثاني : ان صاحب العلو يشارك صاحب السفل في بناء سفله ثم ينفرد صاحب العلو ببناء علوه ، وبهذا قال بعض الحنابلة وهي رواية في المذهب . (١)

والذي يظهر لي ان الراجح ماذهب اليه اصحاب القول الاول : لان الانسان لا يكلف المشاركة فيما لا ملك له فيه . والسفل ملك خاص لصاحبه فبأي حق يدفع صاحب العلو نفقات بنائه ؟ .

واختلف القائلون بالزام صاحب السفل ببناء سفله الذي انهدم بسبب المؤثرات الطبيعية بكيفية ذلك الالزام على قولين :

فيرى الشافعية في القديم (٢) والحنابلة (٣) : ان الحاكم يلزم صاحب السفل ببناء سفله . فان لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وانفق منه على البناء . وان لم يكن له مال اقترض عليه وانفق على البناء وصار دينا على صاحب السفل . ويبني صاحب العلو علوه فوق ذلك .

ويرى المالكية : ان صاحب السفل يجبر على البناء فان ابى اجبر على بيعه ممن يبنيه فان باعه ممن يبنيه فامتنع المشتري من البناء اجبر ايضا على

---

(١) الانصاف جـ ٥ ص ٢٧١ والمحرر جـ ١ ص ٣٤٣ .

(٢) المهذب وشرحه المجموع جـ ١٣ ص ٤١٩ ، الحاوي للماوردي جـ ٧ لوح ٨٠ .

(٣) الانصاف جـ ٥ ص ٢٧١ .

البناء او بيعه ممن يبنيه (١) ، وقال ابن يونس : ان كان له مال أجبر على بنائه لانه حق لصاحب العلو وفى انتظار بيع السفل ضرر عليه أن قد لا يوجد من يشترى السفل فى الوقت المطلوب فيتأخر صاحب العلو فى الوصول الى حقه . (٢)

---

(١) الشرح الكبير وحاشيته الدسوقى جـ٣ ص ٣٢٨ ، الشرح الصغير وبلغة السالك جـ ٢ ص ١٧٤ . التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٤٦ .

(٢) التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٤٦ .

بناء صاحب العلو للسفل :ـ

واذا قام صاحب العلو ببناء السفل فاما ان يكون بناؤه بنية الرجوع على صاحب السفل . أولافان لم ينو الرجوع فهو متبرع ولا شيء له على صاحب السفل . ويمكن صاحب السفل من الانتفاع بسفله دون مقابل ولا خلاف في هذا بين العلماء (١) .

وان كان قد نوى الرجوع بما انفق في البناء على صاحب السفل فلا يخلو اما ان يكون بناؤه باذن صاحب السفل او القاضي او بغير اذنهما .

فان كان باذن فانه يرجع على صاحب السفل بما انفق وعلى هذا الحنفية (٢) . والشافعية (٣) . والحنبلة . (٤)

وان كان بغير اذنهما فقد اختلف العلماء في ذلك فيرى الحنفية انه يرجع على صاحب السفل بقيمة البناء يوم بنى . (٥)

---

(١) المهذب ج١٢ ص ٤١٩ ، الحاوى ج ٧ ص ٨٠ .

(٢) رد المحتار ج٤ ص ٣٥٩ ، الفتاوى الخيرية ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٣) المهذب ج ١٣ ص ٤١٩ .

(٤) المغنى ج ٤ ص ٥٦٨ .

(٥) رد المحتار ج ٤ ص ٣٥٩ .

ويرى الشافعية والحنابلة التفريق بين ما اذا كان ما استخدمه في اعادة البناء من مواد كالطين والحجارة والخشب ونحو ذلك هى المواد السابقة التى كانت موجودة في البناء قبل هدمه . وبين ما اذا كانت المواد جديدة من عنده .

ففى حال ما اذا كانت مواد البناء هى المواد التى كان البناء قائما بها قبل هدمه فان لصاحب السفل البناء ولا يرجع عليه صاحب العلو بقيمة هذا البناء لان الآلة ـ مواد البناء ـ كلها له ولا يمنعه صاحب العلو من الانتفاع بسقفه ولا بحيطانه ولا يجوز له نقضها لانها لصاحب السفل (١)

قلت : وفى هذا نظر فان البناء اذا أعيد بمواده السابقة لابد وان تكون غير كافية لتلف بعضها وعدم صلاحيته للاعادة كما هو المشاهد فيحتاج الى اضافة مواد جديدة من ماله وحينئذ فله الرجوع بها على صاحب السفل كما ينبغى ان يرجع بأجره العمل . هذا ماظهر لى والله اعلم .

وفى حال ما اذا كانت مواد البناء جديدة بمعنى ان صاحب العلو لم يستخدم فى بنائه للسفل مواده السابقة وانما احضر موادا من عنده ففى هذه الحال تكون حيطان السفل لصاحب العلو ولا يجوز لصاحب السفل ان ينتفع بها فلا يتد فيها وتدا ولا يفتح فيها نافذة من غير اذن صاحب العلو لكن له ان يسكن فى قرار السفل لان القرار له ولصاحب العلو ان ينقض مابناه من الحيطان لانه لا حق لغيره فيها .

---

(١) المهذب مع شرحه المجموع جـ ١٣ ص ٤١٩ ، أسنى المطالب جـ٢ ص ٢٢٥ المغنى جـ ٤ ص ٥٦٨ .

فان بذل صاحب السفل القيمة ليترك نقضها لم يلزم صاحب العلـــو قبول ذلك . لانه لا يلزمه بناؤها قولا واحدا فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض(١)

وقد روى عن الامام احمد قول آخر هو ان صاحب السفل ينبغى ا ن لا ينتفع بسقله فى حال ما اذا بنى بغير مواده السابقة الا بعد ان يؤدى القيمة لصاحب العلو . (٢)

---

(١) المهذب جـ ١٣ ص ٤١٩ مع شرحه المجموع ، المغنى جـ ٤ ص ٥٦٨ ٠

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٦٨ ٠

المطلب الثاني : انهدام العلـــو :

اذا انهدم العلو فهل يجبر صاحبه على بنائه اولا ؟

لا يخلو الامر اما ان يكون الهدم بسبب فعل صاحبه . او . لا .

فان كان بسبب فعل صاحبه فالعلماء في ذلك قولان :

القول الاول : ان صاحب العلو يجبر على بناء علوه وبهـــذا قال بعض الحنفية . (١)

وعللوا لذلك : بأن العلو قد تعلق به حق لصاحب السفل مـــن الاستكنان تحته والاستظلال به . فيجبر على بناء علوه ليتمكن صاحب السفـل من استيفاء حقه . (٢)

القول الثاني : انه لا يجبر على بناء علوه وبهذا قال بعض الحنفية(٣)

ولم اعثر لغير الحنفية على قول في هذه المسألة فيما اطلعـت عليه من كتب المذاهب ولعل عدم ذكرهم لذلك : ان المعنى واضح عندهـم . وهو ان صاحب العلو لا يجبر على بناء علوه لان المصلحة في بنائه تخصـه وحده اذ لا مصلحة ظاهرة لصاحب السفل في بناء العلو على سفله حتى يجبر صاحب العلو على البناء بخلاف اجبار صاحب السفل فانه لو هدم سفله اجبر على ذلك كما مر ، لان انتفاع صاحب العلو بعلوه يتوقف على بناء السفل فاذا هـدم

---

(١) رد المختار جـ ٤ ص ٣٥٩ .

(٢) رد المختار جـ ٤ ص ٣٥٩ .

(٣) رد المختار جـ ٤ ص ٣٥٩ .

تعطلت مصالح صاحب العلو فيجبر صاحب السفل على بنائه لتعديه بتفويت الانتفاع بالعلو . وليس كذلك هذم العلو فالظاهر ان الجمهور يقولون بالقول الثاني . وهو الراجح فيما يبدو لي لما ذكرنا من ان الظاهر أن لا مصلحة لصاحب السفل في بناء العلو اذ لا ضرر عليه من هدم العلو كما انه منتفع بسقفه تمام الانتفاع ولو لم يكن عليه علو . والله اعلم .

وان كان انهدام العلو بسبب المؤثرات الطبيعية فالظاهر أنه لا خلاف في عدم اجبار صاحب العلو على بناء علوه لعدم تعديه بالهدم ولما مر من عدم تفويت مصلحة لغيره . واذا كان الامر كذلك فلا يجبر الانسان على بناء ملكه . والله اعلم .

وكل ماقيل في علاقة العلو بالسفل يقال في العلاقة بين كل طبقتين في بناء متعدد الادوار فاذا كان البناء ثلاثة ادوار مثلا — فيجري بين صاحبي الدور الثالث والدور الثاني ماسبق من احكام بين العلو والسفل وكذا لو كان هناك دور رابع او خامس . الخ فالاعلى بالنسبة لمن تحته يأخذ حكم العلو والذي تحته يأخذ حكم السفل مهما تعددت الادوار . (١)

---

(١) انظر الانصاف جـ ٥ ص ٢٧٢ .

الباب السادس

في أسباب انتهاء حق الارتفاق

البـــاب الســـادس

((الباب الختامي))

نختم هذه الرسالة ببيـــان اسباب انتهاء حق

الارتفاق .. فنقول :

حق الارتفاق عبء وتكليف على عقار الغير فهل يمكن ان يزول هــــذا العبء وينتهى هذا التكليف ؟ هذا ما سنجيب عليه فى هذا الباب فنقول :

ان حق الارتفاق كما انه وجد وانشىء باسباب معينة يمكن ان ينتهــى ويزول بأسباب معينه ايضا ومن ذلك .

١ ـ انتهاء الاجل المحدد للارتفاق شرطا او عرفا .

٢ ـ انتهاء الارتفاق بالمعاوضه

٣ ـ تنازل صاحب العقار المرتفق عن حق الارتفاق

٤ ـ الارث

٥ ـ الوصيــة

٦ ـ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان

٧ ـ ان يكون الارتفاق مضرا بالعقار المرتفق به ضررا فاحشا مــع قــلة فائدتــــه .

وتفصيـــل ذلك كما يلـــى :

السبب الاول :

انتهاء الاجل المحدد للارتفاق شرطا او عرفا :

اذا كان حق الارتفاق محددا بأجل معين فانه ينتهى ذلك الحــــق بانتهاء أجله فلو حدد لارض حق الشرب من ماء مدة سنة مثلا فان هذا الحق ينتهى بانتهاء تلك السنه .

وكذا لو اذن شخص لجاره بالمرور فى ارضه مدة شهر او سنة او عشر سنين ونحو ذلك فان حقه فى المرور ينتهى بانتهاء تلك المده . وكذا لو كان حق الارتفاق بالمسيل فى ارض الجار او بغرز الخشب فى جداره ثابتا بالاجارة عند القائلين بها وهم الشافعيه (١) والحنابله (٢) فان ذلك الحق ينتهى بانتهاء مدتها

واذا كان حق الارتفاق ثبت بسبب العاريه ولم يحدد لها مدة معينه فيرى المالكيه (٣) أنها تنتهى بانتهاء المده المعتادة فى مثل هذا الارتفاق .

بينما يرى جمهور العلماء (٤) جواز انهائها فى اى وقت شاء المعير الا ان المعتمد فى المذهب عند الحنابله (٥) ووجه للشافعيه (٦) ان المستعير اذا كان يتضرر من الرجوع فى العاريه انها لا تنتهى بمجرد الرجوع بل تصير لازمه فلو استعار جدارا ليبنى عليه او يغرز به خشبا لا يملك صاحبه الرجوع متى شاء وانهاء الارتفاق الثابت على عقاره بسبب تلك العاريه وانما عليه ان يبقى هذا البناء حتى يزول دفعا للضرر عن

---

(١) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٠ ، ٢٢١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩١

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٥٤٧ ، الفروع جـ ٤ ص ٢٧٣ ، شرح منتهى الادارات جـ ٢ ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

(٣) المدونه جـ ١٥ ص ١٦٥ ، التاج والاكليل جـ ٥ ص ١٧٤ - ١٧٥ ص ٢٧٠ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٣٤ ، ٣٩٤ ، حلى المعاصم جـ ٢ ص ٢٥١ - ٢٥٢ البهجه شرح التحفه جـ ٢ ص ٢٥١ - ٢٥٢

(٤) الفتاوى الخانيه جـ ٣ ص ٢١٤ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧ كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٥

(٥) المغنى جـ ٤ ص ٥٥٨ ، الانصاف جـ ٦ ص ١٠٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٤٢

(٦) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢١٢ ، ٤٣٧ ، فتح الوهاب جـ ١ ص ٢١١ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٨٧

المرتفق فاذا زال البناء له ان ينهى الارتفاق بالرجوع فى العاريته .

وهذا الراى هو الراجح عندى لما فيه من تحقيق المصلحه لكلا الطرفين ودرء المفسدة عن المرتفق فى حال ما اذا كان يتضرر بانهاء الارتفاق قبل ازالة البناء .

السبب الثانى :

انتهاء الارتفاق بالمعاوضه :

سبق ان مر بنا عند الكلام عن اسباب الارتفاق حكم المعاوضة عن انشاء حقوق الارتفاق وان ذلك لا يخلو من أحد أمرين .

الامر الاول : المعاوضه عن حقوق الارتفاق تبعا لغيرها كبيع الشرب تبعا للارض او بيع حق الاجراء تبعا لموضع المجرى او للارض التى يجرى اليها ونحو ذلك وان هذا لا خلاف فيه بين الفقهاء .

فنقول هنا ان صاحب العقار المرتفق به لو اشترى الارض المتقرر لها حق الارتفاق مع ذلك الحق جاز باتفاق وكان انهاء لحق الارتفاق المتقرر على ارضه لانه حينئذ قد ضم ما تقرر له حق الارتفاق الى ملكه وصار يتصرف فيه بموجب الملك وسقط الحق الذى كان متقررا على عقاره

الامر الثانى : المعاوضه عن حقوق الارتفاق منفرده عن غيرها

سبق ايضا ان بينا عند الكلام على اسباب الارتفاق حكم انشاء حقوق الارتفاق بالمعاوضه منفردة عن غيرها . ونظرا لان مدار القول بالمنع والجواز هو الاختلاف فى قابلية هذه الحقوق للمعاوضة منفرده عن غيرها

بان وقع عقد المعاوضه عليها دون ما تتبعه من عقار فان المسوغ للقول بالجواز او المنع فى انشاء هذه الحقوق يجرى فى حكم انهائها ، فمن قال : ان حقوق الارتفاق يجوز ان تنشأ بسبب المعاوضة منفردة يقول هنا انها يجوز ان تنتهى بسبب المعاوضه .

فمثلا من اجاز ثبوت حق الشرب بسبب المعاوضة عنه منفردا وهم المالكية[1] واحد الوجهين عند الشافعية[2] والحنابله[3] ورواية عند الحنفية اخذ بها مشائخ بلخ[4] اجاز هنا لمن ترتب على عقاره هذا الحق المعاوضة على انهائه ومن منع من ثبوت حق الشرب بسبب المعاوضه عنه منفردا وهم جمهور الحنفية[5] والوجه الاخر للشافعية[6] والمذهب عند الحنابله[7] منع هنا من ثبت على عقاره حق شرب لغيره من المعاوضة عن تخليص عقاره من هذا الحق .

---

(١) المدونه هـ ١٥ ص ١٩٢ ، ١٩٨ ، هـ ١٠ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، قوانين الاحكام الشرعيه ص ٣٦٧ الفواكه الدوانى هـ ٢ ص ٣٢٠ ، البهجه شرح التحفه هـ ٢ ص ٢٦٣

(٢) روضة الطالبين هـ ٥ ص ٣١٢ ، مغنى المحتاج هـ ٢ ص ٣٧٥

(٣) المغنى هـ ٤ ص ٩٠ ، ٢٩٨ ، ٥٤٩ ، الانصاف هـ ٥ ص ٢٥٠ ، هـ ٦ ص ٣٦٤ .

(٤) فتح القدير هـ ٥ ص ٤٠٨ ، رد المحتار هـ ٤ ص ١١٨ .

(٥) الهداية هـ ٨ ص ١٥٠ ، بدائع الصنائع هـ ٦ ص ١٨٩ ، الفتاوى البزازيه هـ ٣ ص ١٢١ ، الفتاوى الخانية هـ ٣ ص ٢١٣ ، تبيين الحقائق هـ ٦ ص ٤٣ ، الفتاوى الاهنديه هـ ٣ ص ١٢٢ ، هـ ٥ ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، الدر المختار وحاشيته رد المحتار هـ ٥ ص ٢٨٧ .

(٦) روضة الطالبين هـ ٥ ص ٣١٢ ، مغنى المحتاج هـ ٢ ص ٣٧٦ ، اسنى المطالب هـ ٢ ص ٤٥٦ .

(٧) المغنى هـ ٤ ص ٩٠ ، ٢٩٨ ، ٥٤٩ ، المحرر هـ ١ ص ٣٦٨ ، الاقناع وشرحه كشاف القناع ، جـ ٣ ص ١٦٠ ، الانصاف جـ٥ ص ٢٥٠ ، جـ ٦ ص ٣٦٦ .

وسبق ان بينا أدلة[١] الرأيين وان الراجح هو القول بان حق الشرب لا يجوز المعاوضة عنه منفردا وعليه فالراجح هنا انه لا يجوز ان ينتهى حق الشرب بسبب المعاوضة عنه منفردا .

ومن اجاز ثبوت حق المسيل فى ارض الغير بسبب المعاوضة عن التسييل منفردا وهم الشافعية[٢] والحنابله[٣] أجاز هنا لمن ترتب على عقاره هذا الحق ان يعاوض عن انهائه وتخليص عقاره من هذا العبء .

ومن منع من المعاوضه عن انشاء حق المسيل منفردا وهم الحنفية[٤] منع هنا من انهاء هذا الحق بالمعاوضه عنه منفردا عما تقرر له .

وسبق ان بينا ادلة الرأيين[٥] وان الراجح هو القول بجواز المعاوضه عن انشاء حق المسيل منفردا وعليه فا ن الراجح هنا انه يجوز المعاوضه عن انهاء حق المسيل منفردا .

ومن اجاز ثبوت حق المرور فى ارض الغير بعقد معاوضه منفردا عما تقرر له هذا الحق وهم جمهور العلماء[٦] . اجاز هنا المعاوضه عن انهاء

---

(١) انظر ص (١٠٠)
(٢) روضة الطالبين هـ ٤ ص ٢١٠ ، ٢٢١ ، مغنى المحتاج هـ ٢ ص ١٩١
(٣) الكافى هـ ٢ ص ٢٠٩ ، الفروع هـ ٤ ص ٢٧٣ ، شرح منتهى الادارات هـ ٢ ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .
(٤) فتح القدير هـ ٥ ص ٢٠٥ ، رد المختار هـ ٤ ص ١١٨ - ١١٩ ، درر الحكام هـ ١ ص ١٦٥
(٥) انظر ص (١٠٨)
(٦) الهداية وشرحها فتح القدير والعناية هـ ٥ ص ٢٠٥ ، المدونه هـ ١٤ ص ٤٦٣ ، روضة الطالبين هـ ٤ ص ٢١٠ ، مغنى المحتاج هـ ٢ ص ١٨٦ ، كشاف القناع هـ ٣ ص ٤٠٨

هذا الحق منفردا ، ومن منع من ذلك فى الانشاء وهم الحنفية فى الروايـه الثانيه منع منه فى الانهاء[(١)] . وسبق بيان تفصيل[(٢)] ذلك ووجه كل رأى وان الراجح هو القول بالجواز وعليه فالراجح هنا هو القول بجواز المعاوضـه عن انهاء حق المرور فى ارض الغير منفردا عما ثبت له هذا الحـق .

ويرى الشافعيـة[(٣)] والحنابلة[(٤)] جواز المعاوضة عن الارتفـاق بوضع الخشب على جدار الجار او البناء عليه وكذا يجوز الصلح على ازالـة ذلك او على عدم اعادته فيما لو انهدم الجـدار[(٥)] .

واما حق التعلى فللعلماء فيـه خلاف وتفصيل سبق بيانــــه[(٦)] فلاداعى لاعادته ويجرى فيه هنا ما جرى هناك وبيننا ان الراجح هو القـول بجواز المعاوضه عن حق التعلى منفردا فيجوز حينئذ المعاوضة عـن انهائه منفردا فالمدار فى المعاوضة عن هذه الحقوق هو قابلية الحـق للمعاوضة اولا سواء اكان ايجابيا ام سلبيا ففى الايجاب كسب للحق وفـى السلب تخليص من عبء على الملك . فما يجرى فى الكسب يجرى فى انهائـه

---

(١) فتح القدير والعنايه حـ ٥ ص ٢٠٥ ، الدر المختار وحاشيته رد المختار حـ ٤ ص ١١٨

(٢) انظـر ص (١١٢)

(٣) روضة الطالبين حـ ٤ ص ٢١٩ - ٢٢٠ ، فتح الوهاب حـ ١ ص ٢١١ مغنى المحتاج حـ ٢ ص ١٨٨ .

(٤) المغنى حـ ٤ ص ٥٥٩ ، القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب ص ٢١١ كشاف القناع حـ ٣ ص ٤٠٣ ، ٤١٠ ، ٤١٢ ، ٤١٣ المحرر حـ ١ ص ٣٤٣ ، الانصاف حـ ٥ ص ٢٦٥ .

(٥) كشاف القناع حـ ٣ ص ٤١٢ ، ٤١٣

(٦) انظـر ص (١١٦)

من حيث جواز المعاوضه عن ذلك وعدم جوازها هذا ما ظهر لى والله اعلم .

السبب الثالث :

تنازل صاحب العقار المرتفق عن حق الارتفاق لصاحب العقار المرتفق به .

اذا تنازل صاحب العقار المرتفق لصاحب العقار المرتفق به عن حق الارتفاق المتقرر لعقاره وكان كامل الاهليه صح ذلك وانتهى به حق الارتفاق فلا مانع يمنعه من التنازل عن حقه والتبرع به ما دام تام الاهليه .

ويصح هذا التنازل سواء اكان صريحا ام ضمنيا ، فالصريح كان يتلفظ بالتنازل عن الارتفاق بالشرب من ماء غيره او بالمرور فى ارض جاره او بالتسييل فيها ونحو ذلك .

والضمنى . كأن يأذن لصاحب العقار المرتفق به بالقيام باعمال من شأنها ان تحول دون استيفائه حقه كان يأذن له بهدم المجرى او المسيل او بالبناء فى المكان الذى تقرر له حق المرور فيه ونحو ذلك فان اذنه لصاحب العقار المرتفق به بتلك التصرفات دليل على تنازله الضمنى عن حق الارتفاق المتقرر لعقاره على عقار المأذون له بتلك التصرفات

ولا حاجة فى مثل هذه الحال الى قبول التنازل من مالك العقار المرتفق به او الاتفاق معه على ذلك وانما يتم ذلك بارادة واحدة هى ارادة صاحب العقار المرتفق .

السبب الرابع :

الارث :

اذا ورث صاحب العقار المرتفق به حقا من حقوق الارتفاق المقرر على عقاره فانه ينتهي بذلك حق الارتفاق .

ولهذا الارث حالان :

الحال الاولى : ان يرثه مع العقار المتقرر له ذلك الحق بان يرث صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق وحقه في الارتفاق فبهذا ينتهي ما تقرر على عقاره من عبء الارتفاق ويصير العقاران ملكا واحدا فينتهي بذلك حق الارتفاق لان المالك حينئذ يتصرف فيهما بموجب الملك لا حق الارتفاق .

الحال الثانيه : ان يرث حق الارتفاق منفردا وذلك كان يبيع صاحب العقار المرتفق عقاره ولم ينص في البيع على دخول ما تقرر لعقاره من حقوق ارتفاق فان المشترى في هذه الحال ينتقل اليه ملك العقار دون حقوقه وتبقى الحقوق للبائع (١) فاذا توفى وورثه صاحب العقار المرتفق به فان مما يرثه عنه ما تقرر على عقاره من حقوق لعقار مورثه فاذا ورث تلك الحقوق انتهى بذلك الارتفاق المتقرر على عقاره لانتقال الحق الى مالك العقار المرتفقة به

فلو كان مثلا حق شرب متقررا على ارض شخص فباع صاحب الارض المرتفقه ارضه دون شربها فمات البائع ووارثه صاحب الارض المرتفق بالشرب منها فانه

---

(١) الفتاوى الهنديه حـ ٥ ص ٣٩٣ ، ٤٠٥ ، المدونه حـ ١٥ ص ١٩٨

يرث الشرب المتقرر على ارضه كسائر اموال مورثه وبهذا ينتهي حق الشرب المتقرر على ارضه . ولا خلاف في جواز ذلك حتى عند الحنفيه (١) المانعين من المعاوضة عن حقوق الارتفاق منفرده .

السبب الخامس :

الوصية :

اذا أوصى صاحب العقار المرتفق بحق من حقوق الارتفاق الثابتة لعقاره لصاحب العقار المرتفق به فمات الموصي انتهى بذلك حق الارتفاق المتقرر لعقاره لانتقال حق الارتفاق الى صاحب العقار المرتفق به فيزول بذلك العبء المكلف به عقاره .

ولا فرق في ذلك بين ان يوصى بحق الارتفاق تبعا لغيره كأن يوصى بالارض وما تقرر لها من حق شرب او مسيل او ممر لصاحب الارض المرتفق بها (٢) .

او ان يوصى بحق الارتفاق منفردا عما تقرر له كأن يوصى بالشرب لمن تقرر على ارضه ذلك الشرب او يوصى بالمسيل في ارضى الغير لذلك الغير او يوصى بالممر في دار جاره لجاره ونحو ذلك جاز لانتقال الحق الى من تقرر على عقاره ذلك الحق بسبب الوصيه فيجوز لان الوصيه تبرع مضاف لما بعد الموت . كما ان الوصيه اخت الميراث فما يجري فيه

---

(١) انظر رأى الحنفيه في جواز ارث حق الشرب . الهداية جـ ٨ ص ١٥٠ العنايه جـ ٨ ص ١٥٠ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٠ تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٤٣ رد المحتار جـ ٥ ص ٢٨٦

(٢) الفتاوى الهنديه جـ ٥ ص ٤٠٧ - ٤٠٨ .

الارث تجرى فيه الوصية لان الارث ينتقل بسبب الموت الى الورثة والوصية تنتقل بسبب الموت الى الموصى له (١) .

السبب السادس :ـ

عدم سماع الدعوى بمرور الزمان سبب لإنهاء حقوق الارتفاق

سبق ان بينا (٢) ان الحيازة دليل على استحقاق حقوق الارتفاق . وان الدعوى لاتسمع على من حاز حقا من تلك الحقوق وبينا شروط الحيازة . ونبين هنا أثر الحيازة فى انهاء حقوق الارتفاق .

فحقوق الارتفاق حقوق يتجدد استيفاؤها وهذا يتطلب ممن لعقاره هذا الحق ان يستوفى استيفاء حقه فاذا أهمل صاحب العقار المرتفق ذلك وترك الارتفاق زمنا طويلا تثبت به الحيازة ثم اراد بعد ذلك ان يعود لاستعمال حقه فى الارتفاق وابى ذلك عليه صاحب العقار المرتفق به فادعى صاحب العقار المرتفق بحقه لم تسمع دعواه الا ببينة تثبت استمرار حقه وعدم سقوطه خلال تلك المدة التى انقطع فيها عن استيفاء ذلك الحق . لان تركه لاستيفاء حقه المدة الطويلة بلا عذر يدل فى الظاهر على ان لا حق له فى الارتفاق اذ لو كان له ذلك ماتركه تلك المدة الطويلة .

وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان ليس مسقطا لحق الارتفاق فى الحقيقة ولكن لما ترك صاحب الحق حقه تلك المدة الطويلة دل ذلك فى الظاهر على ان لاحق له وأن دعواه غير صحيحة فما لم يأت ببينة تثبت دعواه او يعترف المدعى عليه بالحق يحكم بأن لا حق له فى الارتفاق . وحينئذ يكون ماتقرر

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٠ ، الهداية وشرحها العناية جـ ٨ ص ٥٠٠ ، الفتاوى الهندية جـ٥ ص ٤٠٥ ، ٤٠٧ ، رد المحتار جـ٥ ص ٢٨٦ .

(٢) انظر ص (١٥١)

لعقاره على عقار غيره قد سقط وانتهى بسبب عدم سماع دعواه وسبب عدم سماع الدعوى هو تركه لاستيفاء حقه المدة الطويلة ونظرا لان السبب الصحيح لتركه استيفاء حقه طول تلك المدة مجهول نسبب الى الحيازه والقدم (١)

السبب السابع :

أن يكون الارتفاق مضرا بالعقار المرتفق به ضررا فاحشا مع قلة فائدته .

اذا كان الارتفاق مضرا بالمرتفق به ضررا فاحشا وكانت فائدة الارتفاق يسيرة بالنسبة لجسامة الضرر الناتج عن الارتفاق فان الارتفاق يجب انهاؤه دفعا للضرر الاشد بارتكاب الاخف والاصل فى هذا ما رواه ابوداود فى سننه من حديث ابى جعفر محمد بن على الباقر انه حدث عن سمرة بن

---

(١) تقدم : كلام الفقهاء فى هذا الموضوع فى انشاء حقوق الارتفاق ، انظر تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٥٩ ، ٣٦١ ، روضة الطالبين ج ٤ ص ٢١٣ ، المغنى ج ٤ ص ٥٥٩ ، شرح منتهى الادارات ج ٢ ص ٢٧١ ، مجلة الاحكام العدلية والمواد ، سنة ١٦٦٠ ، ١٦٦٢ ، ١٦٢٣ ، ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ .

جندب : (انه كانت له عضد (١) من نخل فى حائط رجل من الانصار قال : ومع الرجل اهله : قال : فكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به ويشق عليه فطلب اليه ان يبيعه فأبى فطلب اليه ان يناقله فأبى . فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له . فطلب اليه النبى صلى الله عليه وسلم ان يبيعه فأبى ، فطلب اليه ان يناقله فأبى . قال : فهبه له ولك كذا وكذا امرا رغبة فيه . فأبى قال : انت مضار . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للانصارى : اذهب فاقلع نخله) رواه ابوداود (٢) وقال الامام احمد فى رواية حنبل بعد ان ذكر له هذا الحديث : "كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك فان اجاب والا اجبره السلطان ولا يضر باخيه فى ذلك وفيه

---

(١) قال الخطابى : رواه ابوداود (غضدا) وانما هو (عضيد) من نخل يريد نخلا لم تبسق ولم تطل معالم السنن جـ٥ ص ٢٣٩ . قال فى اللسان العضيد النخلة التى لها جذع يتناول منه الناس جمعه عضدان . قال الاصمعى اذا صار للنخلة جذع يتناول منه المتناول فتلك النخلة العضيد فاذا فاتت اليد فهى جبارة ، مادة (عضد) جـ ٣ ص ٢٩٤ .

(٢) سنن ابى داود جـ٣ص٢٨ ٤-٢٩ ٤ وانظر مختصر سنن ابى داود جـ ٥ =

مرفق له " (١)

فاذا كان ما يعود من المنفعة على صاحب العقار المرتفق قليلا ولا يتناسب مع جسامة الضرر اللاحق بصاحب العقار المرتفق به نتيجة للارتفاق فانه ينبغي ان ينهى حق الارتفاق دفعا للضرر الاشد بارتكاب الضرر الاخف.

ففي الصورة الواردة في الحديث قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بانهاء حق سمرة بالمرور في ارض الانصاري لما في ذلك من دفع الضرر الفاحش عن الانصاري .

وكذا يقال فيمن ارتفق بغرز خشبه في جدار جاره ونتج عن ذلك وهن الجدار وخوف سقوطه ونحو ذلك . فاذا كان استيفاء حق الارتفاق ينجم عنه ضرر فاحش بالمرتفق به ينبغي ان ينهى وسواء أكان انهاء هذا الارتفاق يعوض بأن يعاوض المرتفق عن حقه في الارتفاق عند القائلين بذلك ام بغير عوض بأن يدفع هذا الضرر بمنع المرتفق وعدم تمكينه من الارتفاق . فيحكم عليه بانهاء ارتفاقه كما قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على سمرة لما ابى قبول تخيير الرسول صلى الله عليه وسلم له بين تلك الأمور وتظاهره بقصد المضاره .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . !!!

ص ٢٣٩ قال المنذري في سماع الباقر من سمرة بن جندب نظر . وقد نقل من مولده ووفاة سمرة ما يتعذر معه سماعه منه وقيل فيه : ما يمكن معه السماع منه مختصر السنن جـ ٥ ص ٢٤٠ .

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٩١ .
(٢) انظر: الفروع جـ٤ ص ٢٨٦ ، جامع العلوم والحكم : ٢٩٠-٢٩١ ، الاختيارات الفقهية : ١٣٥ .

قائمة المراجع

١- الاحكام السلطانية لابى يعلى

للقاضى محمد بن حسين الفراء ابى يعلى الحنبلى . تصحيح محمد حامد الفقى

الطبعة الثالثة . ١٣٩٤هـ ، ١٩٧٤م. شركة مكتبة ومطبعة احمد بن سعد بن نبهان

٢- الاحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردى

للامام على بن محمد بن حبيب الماوردى ت سنة ٤٥٠هـ . مطبعة مصطفى البابى

الحلبى واولاده بمصر . القاهرة سنة ١٣٩٣هـ. الناشر : دار الكتب العلمية .

٣- الاحكام فى اصول الاحكام

للحافظ ابى محمد على بن حزم الاندلسى الظاهرى .مطبعة العاصمة

القاهرة . الناشر : زكريا على يوسف.

٤- احكام القرآن

للامام ابى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ٤٦٨ -٥٤٣ .

مطبعة عيسى الحلبى .

٥- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية

اختارها العلاء علاء الدين ابو الحسن على بن محمد عباس البعلى

ت سنة ٨٠٣هـ. تحقيق محمد حامد الفقى . دار المعرفة - بيروت .

٦- الاختيار لتعليل المختار

تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى . الطبعة الثالثة

١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م. الناشر : دار المعرفة . بيروت .

٧- ادوار الشروق على انواء الفروق

للمحقق سراج الدين ابى القاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط . مطبوع

مع الفروق . طبعه مصورة . دار المعرفة . بيروت .

٨ - الأربعين النووية .

للامام محي الدين يحى بن شرف الدين النووى الشافعي ت سنة ٦٧٦ هـ

مطابع الحكومة . الرياض سنة ١٣٨٩ هـ مطبوع ضمن مجموعة الحديث .

٩ - ارواء الغليل فى تخريج احاديث منار السبيل .

للشيخ محمد ناصر الدين الألبانى . الطبعة الاولى سنة ١٣٩٩ هـ .

المكتب الاسلامى .

١٠ - اساس البلاغة .

لابى القاسم محمود بن عمر الزمخشرى . دار مطابع الشعب . القاهرة .

١٩٦٠ هـ .

١١ - الاستيعاب فى اسماء الاصحاب .

للحافظ ابى عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمرى القرطبى سنة ٣٦٣-٤٦٣ هـ

مطبوع بهامش الاصابة . الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ . مطبعة السعادة . مصر

١٢ - أسنى المطالب (شرح روض الطالب .

للامام ابى يحى زكريا الانصارى الشافعي . طبعه مصوره . الناشر :

المكتبة الاسلامية - بيروت .

١٣ - الاشباه والنظائر على مذهب ابى حنيفة .

للعلامة زين العابدين بن ابراهيم ابن نجيم . تحقيق عبد الرحمن الوكيل .

مطابع سجل العرب ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م . الناشر : مؤسسة الحلبى .

١٤ - الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية .

للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ت سنة ٩١١ هـ . مطبعة عيسى

البابى الحلبى .

١٥ - الاصابة فى تمييز الصحابة .

للامام احمد بن على بن حجر العسقلانى ت سنة ٨٥٢ . الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ

مطبعة السعادة . مصر

١٦ - الاعـــلام (قاموس تراجـــم)

تأليف خير الديـــن الزركلي ، الطبعـــة الثالثـــة .

١٧ - أعلام الموقعين عن رب العالمين .

للعلامة شمس الدين ابى عبد الله محمد بن ابى بكر الزرعى المعروف بابن قيـــم الجوزيـــة ٦٩١ - ٧٥١ هـ ، تحقيق عبد الرحمن الوكيل . مطبعة المدنـــى القاهـــرة .

١٨ - الأعلان فى احكام البنيان .

لابى عبد الله محمد بن ابراهيم اللخمى ابن الرامى البناء ت سنة ٧٣٤ هـ .

مخطوط مصـــور عن نسخـــه بدار الكتب الوطنيـــه بتونس .

١٩ - الافصاح عن معانى الصحاح .

للعلامة الوزير عون الدين ابى المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلى ت ٥٦٠هـ المطبعة الحلبية - الطبعة الثانية - ١٣٦٦هـ ، ١٩٤٧م .

٢٠ - الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع .

للشيخ محمد الشربينى الخطيب - مطبوع مع حاشيته للبجيرمى - ١٣٩٨هـ ، ١٩٧٨م الناشر دار المعرفة - بيروت .

٢١ - الأم .

للامام ابى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ١٥٠ - ٢٠٤ هـ - تصحيح محمـــد زهرى النجار - الطبعة الثانية - ١٣٩٣هـ ، ١٩٧٣م - دار المعرفة - بيروت .

٢٢ - املاء مامن به الرحمن من وجوه الاعراب والقراءات فى القرآن .

تأليف ابى البقاء عبد الله بن الحسين بن عبد الله العكبرى - ٥٣٨ - ٦١٦هـ تحقيق ابراهيم عطوه عوض - مطبعة مصطفى البابى الحلبى - الطبعة الثانية - ١٣٨٩هـ .

٢٣ - الأمـــوال .

للحافظ ابى عبيد القاسم بن سلام - ت ٢٢٤هـ - تحقيق وتعليق محمد خليل هراس الطبعة الثانية - ١٣٩٥هـ - مطبعة الفجالة الجديدة .

٢٤ - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد .
للعلامة علاء الدين ابى الحسن على بن سليمان المرداوى . تحقيق محمد حامد الفقى . الطبعة الاولى . مطبعة السنة المحمدية .

٢٥ - الانظمة واللوائح والتعليمات .
تصنيف وترتيب ادارة العلاقات العامة بوزارة الشئون البلدية والقروية . الرياض .

٢٦ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق .
للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفى . الطبعة الثانية . طبعه مصورة . دار المعرفة - بيروت .

٢٧ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع .
للامام علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء ت سنة ٥٨٧ . الطبعة الاولى . المطبعة الجمالية بمصر ، ١٣٢٨ هـ ١٩١٠م

٢٨ - بدائع الفوائد
للعلامة شمس الدين ابى عبدالله محمد بن ابى بكر الزرعى الشهير بابن قيم الجوزية . ادارة الطباعة المنيرية ، طبعة مصورة ، دار الكتاب العربى ، بيروت

٢٩ - البداية والنهاية
للحافظ ابى الفدا ابن كثير . طبعة مصورة ، سنة ١٩٧٧ م مكتبة المعارف بيروت

٣٠ - بغية الوعاة فى طبقات اللغويين والنحاة
للحافظ جلال الدين عبدالرحمن السيوطى . تحقيق محمد ابى الفضل ابراهيم الطبعة الاولى . مطبعة عيسى البابى الحلبى .

٣١ - بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك
تأليف : الشيخ احمد بن محمد الصاوى المالكى . طبعه مصوره ، ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨م ، دار المعرفة للطباعة والنشر .

٣٢ - البلغة فى تاريخ ائمة اللغة .
تأليف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادى - تحقيق محمد المصرى منشورات وزارة الثقافة - طبع ١٣٩٢ هـ ، ١٩٧٢م - دمشق .

٣٣ - بلوغ الامانى من اسرار الفتح الربانى .
تأليف العلامة احمد عبد الرحمن البناء الشهير بالساعاتى - مطبوع بهامش الفتح الربانى - طبعة مصورة - دار الحديث - القاهره .

٣٤ - بلوغ المرام من ادلة الاحكام .
للحافظ احمد بن على بن حجر العسقلانى - ٧٣٣- ٨٥٢ هـ - تصحيح وتعليق محمد حامد الفقى - مطبعة شركة فن الطباعة - مصر - الناشر : المكتبة التجارية الكبرى .

٣٥ - البهجة فى شرح التحفة .
للمحقق ابى الحسن على بن عبد السلام التسولى المالكى - دار الفكر - بيروت - طبعة مصورة .

٣٦ - التاج والاكليل لمختصر خليل .
لابى عبد الله محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق - ت ٨٩٧ هـ - مطبوع بهامش مواهب الجليل - طبعة مصورة عن طبعة مطبعة السعادة - ١٣٢٩هـ .

٣٧ - تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الاحكام .
للقاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن فرحون المالكى - ت ٧٩٩ هـ - مطبعة مصطفى البابى الحلبى - مصر - ١٣٧٨هـ - مطبوع بهامش فتح العلى المالك .

٣٨ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق .
للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى - الطبعة الاولى بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق - مصر - ١٣١٤ هـ .

٣٩ - تحفة الاحوذى شرح جامع الترمذى .
للعلامة محمد عبد الرحمن بن الحافظ عبد الرحيم المباركفورى - ت ١٣٥٣هـ - الناشر الحاج حسن ايرانى - طبعة هندية مصورة .

٤٠ - تدريب الراوى فى شرح تقريب النووى .
للحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن ابى بكر السيوطى ٨٤٩ - ٩١١ هـ - تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف - الطبعة الثانية - ١٣٨٥هـ - ١٩٦٦م - مطبعة السعادة

٤١ - ترتيب مسند الامام احمد (الفتح الربانى) .

ترتيب العلامة احمد عبد الرحمن البناء الشهير بالساعاتى - طبعة مصورة - دار الحديث - القاهرة .

٤٢ - تصحيح الفروع .

للعلامة علاء الدين ابى الحسن على سليمان المرداوى الحنبلى - ت ٨٨٥هـ - مطبعة دار مصر للطباعة - الطبعة الثانية - ١٣٨٨هـ - مطبوع بهامش الفروع .

٤٣ - التعسف فى استعمال حق الملكية فى الشريعة والقانون .

د . سعيد امجد الزهاوى - الطبعة الاولى - ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م - دار الاتحاد العربى للطباعة - القاهرة .

٤٤ - التعليقات السنية على الفوائد البهية .

للعلامة ابى الحسنات محمد عبد الحى اللكنوى الهندى - طبعة مصورة - دار المعرفة بيروت - مطبوع مع الفوائد البهية .

٤٥ - تفسير غريب القرآن

للامام ابى محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة - تحقيق السيد احمد صقر - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م .

٤٦ - التفسير الكبير .

للامام الفخر الرازى - الطبعة الاولى - المطبعة البهية المصرية - ١٣٥٧هـ .

٤٧ - تقريب التهذيب .

للحافظ احمد بن على بن حجر العسقلانى - تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف - الطبعة الثانية - ١٣٩٥هـ - الناشر محمد النمنكانى - المدينة المنورة .

٤٨ - التلخيص الحبير فى تخريج احاديث الرافعى الكبير .

للحافظ ابى الفضل احمد بن على بن حجر العسقلانى - تحقيق د . شعبان محمد اسماعيل مطبعة الفجالة الجديدة - ١٣٩٩هـ .

٤٩ - التلويح على التوضيح

للمحقق سعد الدين التفتازاني . مطبعة الحاج محرم افندى .

سنة ١٣٠٤ هـ .

٥٠ - التنقيح المشبع فى تحرير احكام المقنع

للعلامة علاء الدين ابى الحسن على بن سليمان المرداوى سنة

٨١٧ - ٨٨٥ هـ المطبعة السلفية .

٥١ - تهذيب الاسماء واللغات

للامام ابى زكريا محى الدين ابن شرف النووى . ادارة الطباعة المنيرية

طبعة مصورة . دار الكتب العلمية . بيروت .

٥٢ - تهذيب الفروق والقواعد السنية

للشيخ محمد على بن الشيخ حسين مفتى المالكية . مطبوع بهامش الفروق

طبعه مصورة . دار المعرفة . بيروت .

٥٣ - التوضيح شرح التنقيح

للعلامة صدر الشريعة ابن الحاجب . مطبعة الحاج محرم أفندى سنة ١٣٠٤ هـ

مطبوع مع التلويح على التوضيح .

٥٤ - تيسير التحرير

للشيخ محمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحنفى . مطبعة مصطفى البابى

الحلبى بمصر سنة ١٣٥٠ هـ .

٥٥ - الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبى)

للامام ابى عبد الله محمد بن احمد الانصارى القرطبى . تصحيح ابى اسحاق

ابراهيم اطفيش ، اعاد طبعه دار احياء التراث العربى - بيروت سنة ١٩٦٥ م .

٥٦ - جامع البيان عن تأويل آى القرآن (تفسير ابن جرير)
للحافظ ابى جعفر محمد بن جرير الطبرى ت سنة ٣١٠ هـ . الطبعة الثانية ١٣٧٣هـ-١٩٥٤م . مطبعة مصطفى الحلبى . بمصر

٥٧ - جامع الترمذى مع شرحه تحفة الاحوذى
للامام ابى عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى . عنى بنشره الحاج حسن ايرانى . دار الكتاب العربى . بيروت . طبعة هندية مصورة .

٥٨ - جامع العلوم والحكم فى شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم
للعلامة زين الدين ابى الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن احمد بن رجب الحنبلى . الطبعة الرابعة ، سنة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م . مطبعة مصطفى البابى الحلبى واولاده . مصر

٥٩ - جامع الفصولين
للعلامة محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضى سماونة . الطبعة الاولى بولاق ، سنة ١٣٠١ هـ

٦٠ - حاشية بجيرمى على الخطيب
للشيخ سليمان البجيرمى . طبعة مصورة سنة ١٣٩٨ هـ . الناشر : دار المعرفة . بيروت

٦١ - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير
للعلامة شمس الدين محمد عرفه الدسوقى . طبعه مصورة عن طبعة مطبعة التقدم العلمية بمصر سنة ١٣٣١ هـ . الناشر : المكتبة التجارية الكبرى . توزيع : دار الباز ، مكة

٦٢ - حاشية الروض المربع
للشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى النجدى ١٣١٢-١٣٩٢هـ . الطبعة الاولى سنة ١٣٩٨هـ . المطابع الاهليه للأوفست ، الرياض .

٦٣ - حاشية سعدى جلبى على العناية
للمحقق سعد الله بن عيسى الشهير بسعدى جلبى وبسعدى أفندى ت سنة ٩٤٥هـ
طبعت بهامش فتح القدير . الطبعة الاولى ببولاق سنة ١٣١٨ هـ. طبعة مصورة
دار صادر . بيروت

٦٤ - حاشية قليوبى على شرح جلال الدين المحلى
للعلامة شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة الفيومى ت سنة ١٠٦٩هـ
الطبعة الثالثه سنة ١٣٧٥ هـ . مطبعة مصطفى البابى الحلبى مصر .

٦٥ - حاشية المقنع
منقوله من خط الشيخ سليمان بن عبد الله بن الشيخ محمد بن عبد الوهاب وهى
غير منسوبة لاحد . مطبوعه مع المقنع . مطابع الدجوى . القاهرة .
منشورات المؤسسة السعيدية ، الرياض

٦٦ - الحاوى
للامام ابى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى مخطوط . صورة على
ميكروفيلم بمركز البحث العلمى واحياء التراث الاسلامى بمكة المكرمة

٦٧ - الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده
د / فتحى الدرينى . الطبعة الثانية سنة ١٣٩٧هـ ١٩٧٧م . مؤسسة
الرسالة ، ببيروت

٦٨ - حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم
للامام ابى عبد الله محمد التاودى المالكى . دار الفكر ، بيروت . مطبوع
بهامش البهجة

٦٦ - الخراج
للامام يحى بن آدم القرشى ت سنة ٢٠٣ هـ . تصحيح وشرح احمد محمد شاكر
الطبعة الثانية ، ١٣٨٤هـ . الناشر : المطبعة السلفية

٧٠ - الخـــراج

للقاضى ابى يوسف يعقوب بـن ابراهيـم ت سنـة ١٨٢هـ ، طبعة دار المعرفـــة سنـــة ١٣٩٩هـ . بيروت . مصورة

٧١ - خـلاصـة الأثـــر فى أعيان القرن الحادى عشـــر

تأليف محمـــد المحبى . طبعـة مصورة . دار صادر ، بيروت

٧٢ - الدر المختار شرح تنوير الابصار

للعلامة علاء الديـن الحصكفى . دار الطباعة المصريـة سنـة ١٢٧٢ هـ .

مطبوع مـــع حاشيـة ابـن عابديـــن

٧٣ - درر الحكام شرح مجلـة الاحكام

تأليف على حيـدر . تعريب المحامى فهمى الحسينى . منشورات مكتبة النهضـــة

بيروت ، بغـــداد . توزيع دار العلم للملاييـن بيروت

٧٤ - الدرر السنيـــة فى الاجوبـة النجديـــة

جمع عبد الرحمن بن قاسم العاصمى . الطبعة الثانية . سنة ١٣٨٥هـ ١٩٦٥م

من مطبوعات دار الافتاء بالمملكة العربيـة السعودية

٧٥ - الديباج المذهب فى معرفة اعيان المذهب

للعلامة برهان الدين ابراهيم بن على بن فرحـون المالكى . طبعه مصوره .

دار الكتب العلميـــه بيروت

٧٦ - ذيل طبقات الحنابلـــة

للامام زين الدين ابى الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن احمد بن رجب

الحنبلى ٧٣٦ - ٧٩٥ هـ . تصحيح محمد حامد الفقى . مطبعة السنة المحمدية

سنـــة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م

٧٧ - رد المحتار على الدر المختار (حاشيـــة ابن عابدين)

للعلامة الشيخ محمد امين الشهير بابن عابدين . دار الطباعة المصرية سنة ١٢٧٢هـ

٧٨ - روضة الطالبين

للامام ابى زكريا يحى بن شرف النووى الدمشقى سنة ٦٣١ - ٦٧٦ هـ مطبعة المكتب الاسلامى للطباعة والنشر . دمشق

٧٩ - زاد المعاد فى هدى خير العباد

للامام ابى عبدالله محمد بن ابى بكر الزرعى المعروف بابن قيم الجوزية سنة ٦٩١ - ٧٥١ هـ . تصحيح عدد من العلماء برئاسة الشيخ حسن المسعودى الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢ هـ

٨٠ - الزوائد

للبوصيرى . مطبوع مع سنن ابن ماجه . دار احياء التراث العربى .

٨١ - سبل السلام

تأليف العلامة محمد بن اسماعيل الكحلانى الصنعانى المعروف بالأمير سنة ١٠٥٩ - ١١٨٢ هـ . مصطفى البابى الحلبى . مصر

٨٢ - سنن ابن ماجة

للحافظ ابى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى سنة ٢٠٧ - ٢٧٥ هـ . تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبدالباقى . دار احياء التراث العربى .

٨٣ - سنن ابى داود

للحافظ ابى داود سليمان بن الأشعث السجستانى الازدى سنة ٢٠٢ - ٢٧٥ هـ تحقيق محمد محى الدين عبدالحميد . مطبعة السعادة ، مصر ، الطبعة الثانية سنة ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .

٨٤ - سنن الدارقطنى

للحافظ على بن عمر الدارقطنى سنة ٣٠٦ - ٣٨٥ هـ . عنى بتصحيحه السيد عبدالله هاشم يمانى . دار المحاسن للطباعة .

٨٥ - السنن الكبرى

للحافظ ابى بكر احمد بن الحسين بن على البيهقى ت سنة ٤٥٨هـ . طبعة مصورة . دار الفكر . بيروت

٨٦ - سنن النسائى

للحافظ ابى عبد الرحمن بن شعيب النسائى ٢١٤ - ٣٠٣ هـ . مطبعة مصطفى البابى الحلبى واولاده بمصر سنة ١٣٨٣هـ - ١٩٦٤م .

٨٧ - السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية

لشيخ الاسلام تقى الدين ابى العباس احمد بن تيمية . الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٩م . الناشر : دار الكتاب العربى بمصر

٨٨ - شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية

تأليف محمد بن محمد مخلوف . طبعه مصورة عن طبعة الاولى سنة ١٣٤٩هـ بالمطبعة السلفية . دار الكتاب العربى .

٨٩ - شذرات الذهب فى اخبار من ذهب

للمؤرخ ابى الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلى ت سنة ١٠٨٩ هـ . منشورات دار الآفاق الجديدة . بيروت .

٩٠ - شرح تنقيح الفصول

للامام شهاب الدين ابى العباس احمد بن ادريس القرافى ت سنة ٦٨٤ هـ .

تحقيق طه عبد الرؤوف سعد . طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

٩١ - شرح الخرشى على خليل

للمحقق سيدى ابى عبد الله محمد الخرشى . المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر الطبعة الثانية ، سنة ١٣١٧هـ .

٩٢ - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك

للعلامة سيدى محمد الزرقاني . مصورة عن طبعة سنة ١٣٥٥هـ ، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى .

٩٣ - شرح الصغير

للعلامة سيدى احمد الدردير . مطبوع بهامش بلغة السالك ، طبعة مصورة سنة ١٣٩٨هـ . دار المعرفة .

٩٤ - الشرح الكبير

للعلامة شمس الدين أبى الفرج عبدالرحمن ابن ابى عمر بن قدامة ت سنة ٦٨٢ هـ . طبعة مصورة . دار الكتاب العربى بيروت . مطبوع مع المغنى

٩٥ - الشرح الكبيرللدردير (مع حاشية الدسوقى)

لابى البركات سيدى احمد الدردير . طبعه مصوره عن طبعة مطبعة التقدم العلميه بمصر سنة ١٣٣١ هـ . الناشر : المكتبة التجارية الكبرى . توزيع دار الباز .

٩٦ - شرح المنار

للعلامة عز الدين عبداللطيف بن عبدالعزيز بن ملك . المطبعة العثمانية سنة ١٣١٥ هـ . مطبوع مع حواشيه .

٩٧ - شرح منتهى الارادات

للعلامة منصور بن يونس البهوتى سنة ١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ ، طبعه مصورة الناشر : المكتبة السلفية . المدينة المنورة .

٩٨ - الشريعة الاسلامية . تاريخها ونظرية الملكية والعقود

للدكتور بدران ابو العينين بدران . مطبعة كرموز باسكندرية . الناشر: مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية .

٩٩ - صحيح البخاري

للامام الحافظ ابى عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري . مطبوع مع شرحه فتح الباري . طبعة المكتبة السلفية . ترقيم : محمد فؤاد عبدالباقي .

١٠٠ - صحيح مسلم بشرح النووي

للامام مسلم بن الحجاج القشيري ت سنة ٢٦١ هـ . المطبعة المصرية ومكتبتها

١٠١ - طبقات الشافعية لابن هداية

لابى بكر بن هداية الله الحسيني ت سنة ١٠١٤ هـ . تحقيق عادل نويهض دار الآفاق الجديدة . بيروت .

١٠٢ - طبقات الشافعية الكبرى

للعلامة تاج الدين السبكي . المطبعة الحسينية .

١٠٣ - طبقات الحنابلة

للقاضي ابى الحسين محمد بن ابى يعلى ت سنة ٤٥٨ هـ . تصحيح محمد حامد الفقي . مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م .

١٠٤ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية

للعلامة ابى عبدالله محمد بن ابى بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية تقديم : محمد محي الدين عبدالحميد . تصحيح احمد العسكري . مطبعة مصر سنة ١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م .

١٠٥ - العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية

للشيخ محمد امين الشهير بابن عابدين . الطبعة الثانية - سنة ١٣٠٠ هـ . بالمطبعة الاميرية ببولاق مصر .

١٠٦ - علماء نجد خلال ستة قرون

تأليف الشيخ عبدالله بن عبدالرحمن البسام . الطبعة الاولى سنة ١٣٩٨ هـ مؤسسة الخدمات الطباعية بيروت .

١٠٧ - العنايـــة

للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي الحنفي ت سنة ٧٨٦ هـ . طبع بها مش فتح القدير . الطبعة الاولى ببولاق سنة ١٣١٨ هـ . طبعه مصوره . دار صادر بيروت .

١٠٨ - الفتاوى البزازيـــة

للامام محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردري الحنفي ت سنة ٨٢٧ الطبعة الثانية . المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٠ هـ . مطبوع بها مش الفتاوى الهنديـــة

١٠٩ - الفتاوى الخانيـة (فتاوى قاضي خان)

للامام فخر الدين حسن بن منصور الاوزجندي الفرغاني ت سنة ٥٩٢ الطبعـــة الثانيـــة . بالمطبعة الكبرى الاميريـــة ببولاق مصر سنة ١٣١٠ هـ . مطبـــوع بها مش الفتاوى الهنديـــة

١١٠ - الفتاوى الخيريـــة لنفع خير البريـــة على مذهب ابي حنيفة

للعلامة خير الدين الرملي . المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر . الطابعـــة الثانيـــة . سنة ١٣٠٠ هـ .

١١١ - الفتاوى الكبرى الفقهيـــة

للعلامة احمد شهاب الدين بن محمد بن حجر الهيتمي سنة ٩٠٩-٩٧٤ هـ . مطبعـــة المشهد الحسينـــي .

١١٢ - الفتاوى الكبرى

لشيخ الاسلام ابي العباس تقي الدين احمد بن عبد الحليم بن تيمية . دار المعرفة بيـــروت . طبعـــة مصورة .

١١٣ - الفتاوى الهنديـــة (العالمكيريـــة)

لجماعـــة من علماء الهند سنـــة ١٠٧٣ هـ . الطبعة الثانية . المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصـــر سنـــة ١٣١٠ هـ .

١١٤ - فتح البـــارى

للحافظ احمد بن على بن حجر العسقلانـــى سنة ٧٧٣ - ٨٥٢هـ • طبعـــة المكتبـــة السلفيـــة

١١٥- فتح العزيـــز شـــرح الوجيز

للامام ابى القاســـم عبد الكريـــم بن محمد الرافعـــى ت سنة ٦٢٣ هـ • مطبعـــة التضامـــن الاخوى • مصـــر سنـــة ١٣٥٢ هـ •

١١٦ - فتح العزيز شرح الوجيز

للامام ابى القاســـم عبد الكريـــم بن محمد الرافعـــى • مخطوط • صورة علـــى ميكروفيلـــم بمركز البحث العلمى • بمكة المكرمة •

١١٧ - فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك

للعلامة ابى عبد الله محمد احمد عليش ت سنة ١٢٩٩هـ • مطبعة مصطفى الحلبى مصـــر سنـــة ١٣٧٨ هـ •

١١٨ - فتح الغفار بشرح المنـــار

للعلامة زين الدين ابن ابراهيم الشهير بابن نجيم الحنفـــى • مطبعة مصطفـــى الحلبى • مصـــر • سنـــة ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦ م • الطبعـــة الاولـــى •

١١٩- فتـــح القـــدير

للامام كمال الدين محمد بن عبد الواحـــد المعروف بابن الهمام الحنفـــى ت سنـــة ٦٨١هـ • الطبعة الاولى • بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصـــر • سنـــة ١٣١٨هـ • طبعـــة مصورة • دار صادر بيروت •

١٢٠ - الفتح المبيـــن فى طبقات الاصوليين

للشيخ عبد الله مصطفى المراغى • الطبعة الثانية سنة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م • الناشـــر : محمد امين الدمج • بيروت

١٢١ - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب
للعلامة ابى يحى زكريا الانصارى سنة ٨٢٥-٩٢٥ . مطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٦٧ هـ-١٩٤٨م .

١٢٢ - الفروع
للعلامة شمس الدين المقدسى ابى عبدالله محمد بن مفلح تسنة ٧٦٣ هـ .
مراجعه : عبدالستار فراج . الطبعة الثانية . سنة ١٣٨٨ هـ-١٩٦٧ م .
دار مصر للطباعة

١٢٣ - الفروق
للامام شهاب الدين ابى العباس الصنهاجى المشهور بالقرافى
طبعه مصوره . دار المعرفة . بيروت .

١٢٤ - الفقه الاسلامى
د/ محمد فوزى فيض الله . الطبعة الثانية . سنة ١٣٩٧ هـ-١٩٧٧م . مطبعة طربين .

١٢٥ - الفكر السامى فى تاريخ الفقه الاسلامى
تأليف محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى الفاسى سنة ١٢٩١-١٣٧٦هـ .
تعليق : عبدالعزيز القارى . الطبعة الاولى سنة ١٣٩٦هـ الناشر : المكتبة العلمية بالمدينة المنورة

١٢٦ - الفواكه الدوانى شرح رسالة ابى زيد القيروانى
للشيخ احمد بن غنيم بن سالم النفراوى المالكى ت سنة ١١٢٠هـ الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٤هـ-١٩٥٥ م . مطبعة مصطفى الحلبى مصر .

١٢٧ - الفوائد البهية فى تراجم الحنفية
للعلامة ابى الحسنات محمد عبدالحى اللكنوى الهندى . طبعه مصورة .
دار المعرفة . بيروت .

١٢٨ - القاموس المحيط

تأليف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى ت سنة ٨١٧ هـ . مؤسسة الحلبى وشركاه . القاهرة .

١٢٩ - قواعد الاحكام فى مصالح الانام

للامام سلطان العلماء ابى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى ت سنة ٦٦٠ هـ . مطبعة دار الشرق للطباعة سنة ١٣٨٨ هـ . الناشر : مكتبة الكليات الازهرية .

١٣٠ - القواعد فى الفقه الاسلامى (قواعد ابن رجب)

للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ت سنة ٧٩٥ هـ . مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد . مؤسسة نبع الفكر العربى للطباعة سنة ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ م . الناشر : مكتبة الكليات الازهرية .

١٣١ - القواعد النورانية الفقهية

لشيخ الاسلام احمد بن تيمية . تحقيق محمد حامد الفقى . الطبعة الاولى سنة ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م . مطبعة السنة المحمدية .

١٣٢ - القواعد والفوائد الاصولية

للعلامة علاء الدين ابى الحسن على بن عباس البعلى المشهور بابن اللحام سنة ٧٥٢ - ٨٠٣ هـ . تحقيق محمد حامد الفقى . مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م .

١٣٣ - قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية

للعلامة محمد بن احمد بن جزى الغرناطى المالكى . دار العلم للملايين . بيروت

١٢٤ - الكافى فى فقه الامام احمد

للعلامة ابى محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى . الطبعة الاولى منشورات المكتب الاسلامى . دمشق .

١٣٥ - كشف الاسرار عن اصول البزدوى

للامام علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخارى ت سنة ٧٣٠ هـ . طبعه جديدة مصوره بالاوفست سنة ١٣٩٤ هـ . دار الكتاب العربى . بيروت .

١٣٦ - كشف الظنون عن اسامى الفنون

للعلامة مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجى خليفه . طبع بعناية وكالة المعارف الجليله سنة ١٣٦٠هـ-١٩٤١م .

١٣٧ - كشاف القناع عن متن الاقناع

للعلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتى . تعليق ومراجعة الشيخ هلال مصيلحى . الناشر: مكتبة النصر الحديثة . الرياض

١٣٨ - كفاية الاخيار فى حل غاية الاختصار

للامام تقى الدين ابى بكر بن محمد الحسينى الحصنى الشافعى . الطبعة الثالثه عنى بطبعه ومراجعته الشيخ عبد الله الانصارى .

١٣٩ - كنز العمال فى سنن الاقوال والافعال

للعلامة علاء الدين على المتقى بن حسام الدين الهندى البرهان فورى ت سنة ٩٧٥ هـ . المطبعة العربية . حلب سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م . منشورات المكتبة التراث الاسلامى حلب . دار اللواء الرياض .

١٤٠ - لسان العرب

للعلامة ابى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقى المصرى . طبعة مصورة . دار صادر بيروت .

١٤١ - المبدع فى شرح المقنع

لابى اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلى سنة ٨١٦-٨٨٤ هـ . مطبعة المكتب الاسلامى للطباعة والنشر . دمشق سنة ١٤٠٠هـ .

١٤٢ - المبســـوط

للعلامة شمس الدين السرخسي الحنفى . طبعه مصوره . دار المعرفه للطباعة والنشـــر . بيروت .

١٤٣- مجلـــة الاحكام العدليـــة

اعدتها لجنة جمعية المحله فى باب المشيخة الاسلامية الجليلـه . الطبعة الخامسة سنة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م ، مطبعـــة شعاركـو .

١٤٤- مجلـة القانون والاقتصاد للبحث فى الشئون القانونية والاقتصادية من الوجهـــــة المصريـة .

يصدرها اساتذة كلية الحقوق بالقاهرة . دار الطباعة المصرية .

١٤٥ - المجمـوع شـرح المهـذب

من جـ١ -٩ للنووى ، من جـ٩ - ١٢ للسبكى ، من جـ١٣ - الى الاخير للمطيعى الناشـــر : زكريا على يوسف . مطبعة الامام ، مصـــر

١٤٦- مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تيميـــة

جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم . الطبعة الاولى . الرياض . طبــــع بأمــــر جلالة الملك

١٤٧- المحــرر فى الفقــــه

للشيخ الامام مجد الدين ابى البركات سنة ٥٩٠-٦٥٢ . مطبعة السنة المحمديـة سنـــة ١٣٦٩هـ .

١٤٨- المحلـــــى

للامام ابى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم ت سنة ٤٥٦هـ . تصحيح حســن زيدان طلبـــه . مطابع دار الاتحاد العربى للطباعة سنة ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م .

١٤٩- مختار الصحـــاح

للامام محمد بن ابى بكر بن عبد القادر الرازى . مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه

١٥٠ - مختصر احكام المعاملات الشرعية

للشيخ على الخفيف . الطبعة الرابعة . سنة ١٣٧١هـ-١٩٥٢م . مطبعة السنة المحمدية . القاهرة

١٥١ - مختصر خليل

للعلامة خليل بن اسحاق المالكى . تصحيح الشيخ طاهر احمد الزاوى . مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه . بمصر

١٥٢ - مختصر سنن أبى داود

للحافظ عبد العظيم بن عبد القوى ابو محمد المنذرى سنة ٥٨١ -٦٥٦ هـ . تحقيق احمد شاكر ، محمد حامد الفقى . طبع سنة ١٣٦٧هـ . مطبوع مع معالم السنن

١٥٣- المدخل الى نظرية الالتزام فى الفقه الاسلامى

للاستاذ مصطفى احمد الزرقاء . مطبعة طربين دمشق . سنة ١٣٨٤هـ-١٩٦٥م .

١٥٤- المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية

للدكتور عبد الكريم زيدان . الطبعة الخامسة سنة ١٣٦٦هـ-١٩٧٦م . مؤسسة الرسالة . مكتبة القدس .

١٥٥ - المدخل لدراسة الفقه الاسلامى

تأليف محمد الحسينى حنفى . الطبعة الثالثه سنة ١٩٧٤م . مطبعة دار الاتحاد العربى للطباعة . الناشر: دار النهضة العربية .

١٥٦- المدونة

رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقى عن الامام مالك بن انس . الطبعة الاولى سنة ١٣٢٣هـ . مطبعة السعادة . مصر

١٥٧- مسالك الدلالة على مسائل متن الرسالة

للعلامة احمد بن محمد بن الصديق . تصحيح ابى الفضل عبد الله الصديق الغمارى الطبعة الثانية سنة ١٣٩١هـ-١٩٧١م . الناشر: مكتبة القاهرة

١٥٨ - مسند الامام احمد بن حنبل

طبعه مصوره . المكتب الاسلامى دار صادر . بيروت . بهامشه منتخب كنز العمال

١٥٩ - المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى

للعلامة احمد بن محمد المقرى الفيومى ت سنة ٧٧٠هـ . تصحيح مصطفى السقا

مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر .

١٦٠ - المطلع على ابواب المقنع

للامام شمس الدين محمد بن ابى الفتح البعلى الحنبلى . الطبعة الاولى

سنة ١٣٨٥هـ . المكتب الاسلامى . دمشق

١٦١ - معالم السنن

للعلامة ابى سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم الخطابى . تحقيق احمد شاكر ،

محمد حامد الفقى . طبع سنة ١٣٦٧هـ . مطبوع مع مختصر سنن ابى داود .

١٦٢ - المعاملات الشرعية المالية

للشيخ احمد ابراهيم بك . المطبعة الفنية بالقاهرة .

١٦٣ - معجم البلدان

للشيخ شهاب الدين ابى عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموى . الناشر : دار الكتاب

العربى بيروت . طبعه مصوره .

١٦٤ - معجم المؤلفين (تراجم مصنفى الكتب)

تأليف عمر رضا كحالة . الناشر : مكتبة المثنى ، دار احياء التراث العربى . بيروت

١٦٥ - المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والاندلس والمغرب

للعلامة احمد بن يحى الونشريسى ت سنة ٩١٤هـ . اشرف على اخراجه / محمد

حجى . دار الغرب الاسلامى . بيروت

١٦٦- المغنـــــى

للعلامة ابى محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ت سنة ٦٢٠هـ. تحقيق وتعليق محمد سالم محيسن ، شعبان محمد اسماعيل . المطبعة اليوسفيـــة

الناشــر: مكتبة الجمهورية العربية . القاهرة ، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

١٦٧- مغنـــى المحتـــاج

للشيخ محمـــد الشربينـــى الخطيب . مطبعة مصطفى البابى الحلبى . مصـــر

سنـــة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.

١٦٨- المفـــردات فى غريب القـــرآن

تاليف ابى القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهانى ت سنـــــة

٥٠٢هـ. تحقيق محمد سيد كيلانى . مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصـــر

سنـــة ١٣٨١هـ - ١٩٦١م .

١٦٩- المقنـــــــع

للعلامة موفق الديـــن ابى محمد عبدالله بن احمد ابن قدامة . مطابع الدجوى

القاهـــرة . منشورات المؤسســة السعيديـــه بالرياض .

١٧٠ - ملكيـــة الاراضـــى فى الاســـلام

د / محمـــد عبدالجواد محمـــد . المطبعـة العالمية سنة ١٣٩١هـ-١٩٧٢م القاهرة

١٧١- الملكيـــة فى الشريعـــة الاسلاميـــة

د / عبدالسلام داود العبادى . الطبعة الاولى . سنة ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

مطابع وزارة الاوقاف . عمان . الناشر: مكتبـــة الاقصـــى .

١٧٢- الملكيـــة فى الشريعة الاسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية

للشيخ على الخفيف . مطبعة الجيلاوى سنـــة ١٩٦٦م. الناشر: معهـــد البحوث

والدراسات الاسلاميـــة والعربية .

١٧٣- الملكيـة ونظريـة العقد فى الشريعة الاسلا ميـة
للشيخ محمد ابو زهرة . دار الاتحاد العربى للطباعة . ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربى

١٧٤- منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار
الامام ابى البركات مجد الدين عبد السلام بن عبد الله الحرانى المعروف بابن تيمية
مطبعة مصطفى البابى الحلبى . مطبوع مع شرحه نيل الاوطار.

١٧٥- المنتقى للباجى
للامام ابى الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجى سنة ٤٠٣-٤٩٤هـ. الطبعة
الاولى سنة ١٣٣٢هـ. مطبعة السعادة . مصر

١٧٦- المهذب
للامام ابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الشيرازى .مطبعة الامام .بمصر
مطبوع مع شرحه المجموع . الناشر : زكريا على يوسف.

١٧٧- الموافقات فى اصول الاحكام
للامام ابى اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمى المعروف بالشاطبى ت سنة ٧٩٠هـ.
تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد . مطبعة المدنى . القاهرة

١٧٨- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل
تأليف ابى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسى المغربى
المعروف بالحطاب ت سنة ٩٥٤ طبعة مصورة عن طبعة السعادة سنة ١٣٢٩هـ
تصوير مطابع دار الكتاب اللبنانى

١٧٩- الموطأ بشرح الزرقانى
للامام مالك بن أنس . مطبوع مع شرحه للزرقانى طبعة سنة ١٣٥٥هـ
الناشر المكتبة التجارية الكبرى

١٨٠- الموطأ بشرح المنتقى
للامام مالك بن أنس . مطبوع مع المنتقى . الطبعة الاولى سنة١٣٣٢هـ
مطبعة السعادة بمصر

١٨١- نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار (تكملة فتح القدير)
للعلامة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة أفندى ت سنة٩٨٨هـ
الطبعة الاولى بالمطبعة الاميرية ببولاق سنة١٣١٨هـ . طبعة مصورة دار صادر
بيروت .

١٨٢- النجوم الزاهرة
تأليف جمال الدين الاتابكى . مطبعة دار الكتب الملكية سنة١٣٥١هـ

١٨٣- نصب الراية لاحاديث الهداية
للحافظ أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى ت سنة٧٦٢هـ
مصورة عن الطبعة الاولى سنة ١٩٣٨م

١٨٤- نظام البلديات والقرى
الصادر بالمرسوم الملكى رقمم/٥ فى ١٣٩٧/٢/٢١هـ . الطبعة الاولى
١٣٩٧هـ

١٨٥- نظام المرور
صدر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٩ وتاريخ ١٣٩١/١١/٦هـ . مطبعة الحكومة
مكة المكرمة ١٣٩٢هـ

١٨٦- النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية
للاستاذ الدكتور أحمد فهمى أبو سنة . مطبعة دار التأليف ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م

١٨٧- نظرية الشروط المقترنه بالعقد فى الشريعة والقانون
تأليف زكى الدين شعبان . الطبعة الاولى سنة١٩٦٨م . الناشر: دار النهضة
العربية القاهرة

١٨٨- نيل الابتهاج بتطريز الديباج
للعلامة أبى العباس سيدى أحمد بن أحمد بن أحمد بن عمر بن أقيت عرف ببابا التمبكتى . مطبوع بهامش الديباج المذهب . دار الكتب العلمية بيروت

١٨٩- نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار
للشيخ محمد بن على بن محمد الشوكانى . مطبعة مصطفى البابى الحلبى

١٩٠- الهداية .
للعلامة أبى الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذانى ت سنة ٥١٠ه . تحقيق الشيخين اسماعيل الانصارى ، صالح العمرى . الطبعة الاولى سنة ١٣٩١هـ مطابع القصيم

١٩١- الهداية شرح بداية المبتدى
للشيخ برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى ت سنة ٥٩٣هـ . طبع مع فتح القدير الطبعة الاولى . بالمطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣١٨هـ . طبعة مصورة . دار صادر بيروت

١٩٢- الوجيز فى فقه الشافعية .
للامام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى . طبعة مصورة سنة ١٣٩٩هـ . الناشر دار المعرفة بيروت

١٩٣- وفيات الاعيان وأنباء أبناء الزمان .
للقاضى أحمد الشهير بابن [illegible] . المطبعة الكبرى الاميرية . بولاق